قواعد

فقه المذهب المالكي

الدليل الماهر الناصح شرح نظم المجاز الواضح
على
قواعد المذهب الراجح

تأليف

العلامة الفقيه محمد يحي الولاتي

مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي
نواكشواط موريتانيا

الدليل الماهر الناصح شرح نظم المجاز الواضح على قواعد المذهب الراجح

« قواعد فقه المذهب المالكي»

تأليف العلامة الفقيه محمد يحي الولاتي

1427 هـ - 2006م

مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي

نواكشوط موريتانيا

1427 هـ - 2006م

مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي

نواكشوط موريتانيا

بسم الله الرحمن الرحيم

نبذة من حياة المؤلف:

مؤلف الكتاب هو محمد يحي بن محمد المختار بن الطالب عبد الله النفاع بن أحمد حاج الداودي نسبا الولاتي وطنا ويعرف لدي الناس بالفقيه وأولاده يسمونه (بابا) بتفخيم الباءين.

وقد ولد سنة 1259 هجرية في ولاته وتوفى سنة 1330 هجرية بها وضريحه بها منقوش عليه من إنشاء ابنه العالم الشهير محمد الحسن بن محمد يحي تعريفا له الأبيات التالية:

هذا ضريح من به علم الشريعة انتشر
فقها ومعقولا وكتابا وأثر
ألف في حياته مائة سفر وعشر
وزار قبر المصطفى والبيت حج واعتمر
قاضي القضاة كلهم من بالعدالة اشتهر
محمد يحيا رضي الله عنه وغفر

كما أرخ لميلاده ولوفاته ابنه العالم المقرئ المشهور: محمد المختار بن محمد يحي بالبيتين التالين:

بمولد الفخر الرضى يحي انشرح صدر العلوم والعلا عام (انشرح)
بابا انقضا فخار اهل العلم عام انقضا فخار اهل العالم

وقد نشأ في بيت علم وبعد وفاة والده الذى رأى في المنام أحد الصالحين يوصيه عليه وقال ان عنده تأليفا سيشرحه ابنه محمد يحي، ولما همت أمه بإرساله لتعلم العلم بعد وفاة والده نهاها بعض الصالحين عن ذلك وقال لها سيتعلم هنا كلما يريد من العلم معك

وتعلم من علماء ولاتة وتعلموا منه إذ قال بعضهم تلميذي محمد يحي أعلمه الألفاظ ويعلمني المعاني وأستفيد منه أكثر مما يستفيد مني. أشياخه: أخذ القرآن على مولى للمحاجيب اسمه الدسري وأخذ العلم على شيخه سيد أحمد بن أحمد (بكفه) العالم المحجوبي الشهير ذو التآليف العديدة وقد شرح الولاتي نظما له في أصول مذهب الامام مالك ما يزال مخطوطا.

وكان جادا في طلب العلم وتحصيله ومما يؤثر عنه قوله إن ضوء النهار لا يضيع إلا في المطالعة. وقد جنى ثمار كده صغيرا حيث نظم معاني الحروف من مغني اللبيب وعمره لم يتجاوز 17 سنة وشرح ألفية السيوطي في علم البيان في سن 18 وشرح مراقي السعود تأليف العالم الجليل: سيدي عبد الله بن الحاج ابراهيم في علم الأصول وهو بن 25 سنة.

ويقول عنه حفيده العالم الشاعر محمد عبد الله بن محمد المختار بن محمد يحي في ورقات سماها (إنباء الأبناء بالجد فيما كان للأب والجد) كان يفتي ويقضي ويدرس ويقرأ الحديث وحزبا من دلائل الخيرات ويختم كتابه: سلم الفوز والنجاة لمحمد يحي في الحياة وبعد المماة، ويقرأ خمسا من القرآن، ويفتي ويؤلف كل يوم.

ويقول في قصيدة له عن حياة أبيه محمد المختار وجده محمد يحي:

أسائل عن يحي وما كان قدما وعن نجله المختار من ارثه حما
وها أنا ان شاء الإله مخبر بنثر وان إجبت بعضا منظما
سل العلما الاعلام شرقا ومغربا ترى الحكم منه بالعدول مسلما
فسل علما السودان والبحر والذي بتيشيت أو شنجيط ممن تقدما
فإنهم استفتوه في الشرع دائما فكان مجيبا للمعاند مفحما
وفي تونس الخضراء سل علماءها وسل رباط الفتح كم فيه علما
واسكندر اسألها بأيام حجة ترى الكل بالحكم المصحح أفحما
ومكة سل فيها وسائل بطيبة ترى السند المروي عنه مقدما
أجيز لدى الخضرا بمذهب شافع وبالسند الأعلى أجيز وأحكما

ثم شرع في التعريف بإبنه محمد المختار والد الشاعر فيقول:

وان ابنه المختار بالارث بعده لشيد ما من بعده قد تهدما

إلى آخر القصيدة التي تناهز الثلاثين بيتا.

ومن أهم أحداث حياته سفره إلى البلاد المقدسة لحج بيت الله الحرام عام 1311 هجرية ولما خرج من ولاتة على الإبل قاصدا بيت الله الحرام أنشد العلامةمحمد المختار ابن انباله عالم تشيت وفقيهها البيتين التاليين:

لئن غاب عن والات يحيا فإنها تغيب عنها نورها وشبابها
وغيب عنها نحوها وبيانها وغيب عنها فقهها وصوابها

وكانت رحلته هذه زاخرة بالأحداث والمناظرات والمحاورات العلمية الشيقة الجليلة التي دارت بينه وبين علماء الأقطار التي مر بها في ذهابه وإيابه في المغرب وتونس ومصر والحجاز. فقد توقف في الرباط والتقى بسلطانها آنذاك عبد العزيز الذي أكرمه وأحسن مثواه وفرض له مرتبا شهريا وأعطاه من المال ما يوصله إلى الحجاز بعد مقام خمسة أشهر في المغرب أخذ عنه خلالها بعض العلماء علم البيان من تلخيص القزويني وبعض علم أصول الفقه. كما درسوا عليه تأليفا له يسميه: منبع الحق والتقى الهادي إلى سنة النبي المنتقى وغيره من مؤلفاته الأخرى.

كما جلس في حلقة التدريس بالمدينة المنورة يدرس فيها موطأ الامام مالك رضي الله عنه. وعقود الجمان السيوطي في علم البيان، وورقات إمام الحرمين وكل هذه يدرسها للطلبة على مؤلفاته هو في هذه الميادين عند ما استكمل شرحه لألفية السيوطي في علم البيان وشرحه لنظم ورقات إمام الحرمين.

وقد أجاب على أسئلة كثيرة طرحت عليه آنذاك من بينها سؤال عن جواز الحكم بالضعيف من مذهب الامام مالك للقاضي المالكي وعن جواز حكمه أيضا بقول غير إمامه كالحنفي مثلا لمالكي، وقد ضمن هذه الأجوبة وغيرها من كل سؤال طرح عليه أو فتوى أفتى

بها أو تأليفا أو شرحا الجزه خلال هذا السفر (رحلته) التي اشتملت على نيف وأربعين ما بين مصنف وفتوى وشرح ونظم وقد تم طبع هذه الرحلة مع تصرف بدار الغرب الإسلامي ببروت. وهي كتاب قيم وشيق عمل سبع سنوات من الترحال والتجوال والتأليف والأنقال لعالم رحالة لا يضيع وقته سدى وقد وهبه الله العلم والقدرة على التعبير عنه كما وهبه سلاسة الأسلوب ووضوح العبارة.

ثم يلتقي بعلماء الاسكندرية ويناقش بعضهم مختلف الفنون ويطرحون مختلف الأسئلة وأخذ عنه بعض أؤلئك العلماء وأتذكر من بينهم العالم حسن شحاتة الذي أجازه إجازة شاملة في جميع مروياته من الحديث والفقه والنحو والبيان والأصول لعلمه بأهليته لذلك كما يورد ذلك في نص الإجازة الموجودة بخطه مصورة في كتاب الأعلام للزركلي «الجزء السابع الصفحة 142» وهي إجازة غريبة وطريفة.

كما أجازه بسند المشابكة الذي أورد في نصه شابكته كما شابكني شيخي عثمان بن أحمد كما شابكه الطالب بن الامين كما شابكه شيخه سيدي محمد بن الحاج كما شابكه شيخه الجني شنفور بن الصيص وقال: شابكت رسول الله صلى الله علبه وسلم ليلة الجن ويقول محمد يحي عن المذكور شنفور هذا من الوفد الذين بايعوا رسول الله ﷺ ليلة الجن - وتوجد هذه الإجازة بنصها أيضا في نفس الصفحة 142 من كتاب الأعلام للزركلي التي استطردها في نبذة من حياته.

وفي تونس التقى بكثير من العلماء بها ودرسوا عليه علوم الحديث وأجاز عدة علماء بها وقد أرسل بعضهم رثاء عند ما سمعوا بوفاته منهم محمد السنوسي الذي يقول في مرثيته:

مضى خلف الأبرار والسيد الحبر فصدر العلى من قبله بعده صفر
و لا تحسبن الدهر أهلك شخصه ولكنه في موته هلك الدهر
هو البحر عند الدرس تنثى علومه عليه وفي المحراب يعرفه الذكر
هو العالم النحرير شمس زمانه خليفته أبناءه الأنجم الزهر

إلى أن يقول:

وما غسله بالماء إلا تطوعنا والا تقولا لي متى نجس البحر

وهي مرثية طويلة.

ومن العلماء الذين أخذ عنه جملة من علماء تشيت من أبرزهم محمد بن أحمد الصغير التشيتي، ومحمد بن انبال ومحمد المختار بن انبال.

كما أخذ عنه عدة علماء في ولاتة من أبرزهم شيخنا المرواني ابن احماد العالم المحدث الشهير ويكتب هذا الأخير في نقلة بخط يده نبذة من حياته يقول منها انه كان يقرء خمسا من القرآن الكريم كل صباح ثم يبدأ في التفسير للتلاميذ وبعد ذلك يبدأ في التأليف والنقل - فقد كان ينقل الكتب بكثرة لنفسه ولغيره ويدرس الحديث لجماعته ويقرأ حزبه من دلائل الخيرات ويختم كل يوم كتابا له في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اسمه: سلم الفوز والنجاة لمحمد يحيا في الممات والحياة، وكان يقول أن ضوء النهار لا يضيع إلا في المطالعة والتدريس وفي الليل لا ينام إلا قليلا وكان لا تأخذه في الله لومة لائم يسوي بين الخصماء أيا كانوا فقد دخل عليه ذات يوم أحد رجالات أهل امحيميد الذين نصبوه للقضاء حيث أنهم أهل الرئاسة في الأرض دخل عليه مع خصم له فأجلسه على فراشه بجنبه ورحب به وجلس البدوي الآخر جانبا فلما أدلى بحجته وأظهر أنه خصم للرجل الذي معه قال له أنزل عن سريري وأجلس مع خصمك وكان الحق بجانب الخصم فقال له أعط خصمك حقه فإنك مغلوب.

وكان يقوم بأسفار في نواحي الحوض يلتقي فيها برجالات العلم وأصحاب الحل والعقد من أهل امحيميد الذين نصبوه قاضيا واشترط عليهم تنفيذ الأحكام التي يصدرها ولو بالقتل وكانوا أوفياء له ومعه فنال رضاهم ونالوا رضاه.

أما مصنفاته فنذكر نبذة منها وهي:

الرحلة الكبرى مطبوعة

فتح الودود على مراقي السعود مطبوع

نيل السول على مرتقى الأصول على علم الأصول مطبوعة مرتان

اختصار موافقات الشاطبي مطبوع

نظم الناسخ والمنوسخ مخطوط

شرح نظم الناسخ والمنسوخ مخطوط

كتاب في مصطلح الحديث مخطوط

المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح مطبوع

الدليل الماهر الناصح شرح المجاز الواضح مطبوع

نور الحق الصبيح في شرح أحاديث الجامع الصحيح مطبوع

شرح مختصر ابن أبي جمرة مخطوط

شرح حصن الحصين مخطوط

البحر الطامي ذو اللجج على بستان فكر المنهج مخطوط

حامي العدل والانصاف بشأن اتباع الأعراف مخطوط

كتاب الرد على جماعة أَلْقظْفْ مخطوط

كتاب في الرد على الحسن لقظف مخطوط

نصيحة أولاد الزوايا والطلبة عن الدخول في طريقة زنادقة المتصوفة مخطوط

الأجوبة الواضحة لمن يدعي الاجتهاد ناصحه مطبوع

المواهب التليدة في حل ألفاظ الفريدة مخطوط

مرتع الجنان على عقود الجمان في علم البيان مخطوط

شرح إيصال السالك الى أصول الامام مالك مخطوط مطبوع

مصباح الفقيه في أن الظالم أحق أن يحمل عليه مخطوط

الرسالة الملجمة للجهال مفحمة مخطوط

كشف الكروب مخطوط

منهج الأبرار في رد من حكم باسترقاق الأحرار مخطوط

تاريخ قدوم الشرفاء على المغرب مخطوط

نظم في التصريف وشرح له على جزءين مخطوط

سلم الفوز والنجاة لمحمد يحي بعد المماة وفي الحياة مخطوط

شرح نظم ورقات امام الحرمين مطبوع

منبع الحق والتقى الهادي الى سنة النبي المنتقى مطبوع

العروة الوثقى شرح منبع الحق والتقى مطبوع

شرح في علم البيان

الرسالة الهادية والنصيحة الوافية لمن يراها من مؤمني البادية ... مخطوط

مكتوب في بطلان جمعة ولات مخطوط

أجوبة وأسئلة بن أعمر دكوره العشرة مخطوط

الرد على تلميذ الشيخ محمد فاضل في شأن توهين السنة ونفي القياس مخطوط

نقض حكم أفتى به قاضي ولات مخطوط

مكتوب في شأن زكاة الابل المحبسة مخطوط

مكتوب في شأن زكاة الحبس مخطوط

مكتوب بشأن الأحباس ردا على أحمد الصغير مخطوط

فتوى بشأن تداول الإمامة بالوراثة مخطوط

فتوى بشأن القتل الخطأ شبه العمد مخطوط

فتوى بشأن توريث ذوي الأرحام مخطوط

فتوى بشأن قتيل قتل غيلة مخطوط

فتوى بشأن ما يحرم من الرضاعة مخطوط

فتوى بشأن العصمة من الزواج مخطوط

فتوى بشأن رهن تصرف فيه المرهون له مخطوط

فتوى بشأن اللصوص مخطوط

فتوى بشأن قتيل من أهل بودبوس مخطوط

فتوى في الرد على المعترض على بطلان جمعة ولاته مخطوط

كتاب الأجوبة المهمة عن وقائع ملمة مخطوط

رسالة في الرد على الشيخ ابن حامن بشأن بيع الملح بالذهب مخطوط

مكتوب بشأن إباحة الأتاه (الشاي) مخطوط

مكتوب بشأن الشركة بين الأخوين مخطوط

فتوى بشأن ضياع وثيقة الدين مخطوط

فتوى بشأن الهبة واستثناء ذكور نسلها مخطوط

مكتوب في حد على الكلام مخطوط

وتبلغ مؤلفاته مائة وعشرة (110) تأليفا وفي هذا كفاية وهو ما أمكنني الحصول أو العثور عليه.

والله ولي التوفيق

حفيد المؤلف

أب بن سيدي محمد رحمه الله

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله.

الحمد لله الذي بنى الإسلام على القواعد الخمس، وبعث به إلينا نبينا من خير الخمس، يهدي إلى الرشاد ويحذر من اتباع الشيطان والنفس، محمد ﷺ سيد الثقلين الجان والإنس، وعلى آله وأصحابه وأنصاره الخزرج والأوس.

أما بعد فيقول أفقر العبيد إلى مولاه، الغني به عمن سواه، محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله: هذا شرح واضح وضعته على نظمنا المسمى بـ «المجاز الواضح إلى معرفة قواعد المذهب الراجح».

وسميته بـ «الدليل الماهر الناصح على المجاز الواضح» فالتزمت فيه الإيضاح والتقرير لمدلول القاعدة؛ لأن الحكم على الشيء فرع التصور.. ثم أبين كيفية إنتاج الفروع من القاعدة وكيفية تطبيقها عليه، ووجه الدلالة منها عليها لتتم الفائدة.. ثم أنسب كل فرع إلى قائله وناقله، لأن ذلك من الصدق في العلم وشكر حامله.. ثم أبين تصحيح كل قول أو تسقيمه، أو إطلاقه أو تقييده، أو تخصيصه أو تعميمه، وهل هو منصوص؟ أو مخرج؟ لما في التخريج عند بعض العلماء من الحرج.

ومعتمدي في النقل شرح المنجور على المنهج، وشرح عبد القادر السجلماسي عليه، وإيضاح السالك لأبي العباس أحمد الونشريسي، وحاشية الحطاب، وربما نقلت من الدردير على مختصر خليل.

يقولُ مَن محمدٌ يحيى سُمَاهْ محمدُ المختارُ مَن يُدعي أَبَاهْ

محمد يحيى اسم الناظم، ومحمد المختار اسم أبيه، والسُّمَا: لغة في الاسم.

حمدًا لمَن بَنى قواعدَ الهُدى للدّفع للضُّر وجلْبِ للجَدَى

«حمدا» مفعول مطلق من الحمد مصدر نائب عن فعله. و«القواعد» جمع قاعدة وهي لغة: ما يبنى عليه الشيء حسا، وفي الاصطلاح: الضابط الكلي الذي تندرج تحته جزئيات

المسائل، وفي التعبير بها هنا براعة استهلال. و"الهدى": الشرع الذي جاء به محمد ﷺ و"قواعده": ضوابطه الكلية المندرج تحتها جزئيات مسائله. و"بناؤها": تشريعها، والسر فيه: دفع الضرر عن المسلمين وجلب الجدى أي النفع لهم؛ لأن قواعد الشرع كلها مبنية على جلب المصالح للمسلمين ودفع المضار عنهم، والمراد بالقواعد هنا كل دليل كلي أخص من الأدلة الإجمالية ككون الأمر للوجوب والنهي للتحريم، وأعم من العقود والضوابط الفقهية الخاصة كقولنا كل ماء لم يتغير أحد أوصافه فهو طهور، وكل عبادة بنية، وكل طير مباح، فالقواعد أدلة كلية متوسطة بين هذين، وهي على قسمين: الأول أصول أمهات مسائل الخلاف. والثاني: أصول المسائل غير إشارة إلى خلاف، وبدأنا بالأول تبعا لصاحب المنهج.

وندَبَ الورى إليه مُرشدًا ... على لسان مَن به الحقُّ بَدا

أي ندب الله الورى أي الخلق إليه أي إلى الهدى أي إلى الشرع حال كونه مرشدا لهم على لسان من بدا به الحق وهو محمد ﷺ.

محمدِ ميسرِ العسير ... ومنقذِ العاصي من السعيرِ

يعني أن محمد ﷺ بعث بتيسير العسير، وإنقاذ العصاة من نار السعير.

صلّى عليه الله ما جَنّ الدُّجى ... وما إلى الله به عاصٍ لجا

أي صلى الله عليه وسلم مدة إتيان الدجى أي الظلام، وما لجأ إلى الله بالنبي ﷺ عاص أي توجه إلى الله به.

هذا ولما أنْ رأيتُ الهمما ... تقاصرتْ وقلّ مَن تَعلّما

أي الأمر هذا وهو فصل الخطاب أي ولما رأيت همم طالبي العلم تقاصرت عن طلب أصوله، واكتفوا بنقل فروعه، وقل المتعلمون له لشدة إعراض الناس عن العلم وطالبيه وتوجههم إلى الدنيا وأهلها.

أردتُ أنْ أوضحَ في الكتب ما ... علمتُ من أصول مَن تَقدّما

أي أردت أن أبيِّن في الكتب بالتأليف ما علمت من أصول المتقدمين من الفقهاء أي أصولهم في مسائل الخلاف.

فهـا أنـا أجمـعُ فـي القواعـدِ نظمـاً مفيـداً للفقيـه المقتـدي

أي فها أنا اجمع نظما في قواعد الفقه مفيدا للفقيه المقتدي أي المقلد الفقيه الذي به أهلية الاجتهاد في المذهب أو الترجيح فيه.

سـميتُه المجـازَ ذا الإيـضاحِ إلـى أصـولِ المـذهبِ الـصِّحاحِ

أي سميت نظمي هذا بـ"المجاز الواضح إلى معرفة قواعد المذهب الراجح". و"الصحاح" في البيت بمعنى الصحيح وصفا.. يقال صح الشيء فهو صحيح وصحاح ومنه صحاح الجوهري.

وأسـألُ الله دوامَ النفـعِ بـه بجـاه مَـن أتـى بالـشّرعِ

أي أسأل الله تعلى دوام النفع بنظمي هذا لمن قرأه أو طالعه بجاه من أتى بالشرع وهو رسول الله ﷺ وقد قال ﷺ: «توسلوا بجاهي فإن جاهي عند الله عظيم».

فصل في الطهارة

أي هذا فصل في الطهارة وإنما خصصناه بالطهارة؛ لأن أكثر مسائله في الطهارة.

هلْ غالبُ الحصولِ كالمحقّق حصولُه أو لا فعِ وحقِّقِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في غالب الحصول هل هو كالمحقق؟ أولا؟ وينبني على القاعدة الخلاف في نجاسة سؤر ما عادته استعمال النجاسة ولم تر بفيه، ولم يعسر الاحتراز منه.. فعلى أن الغالب كالمحقق يكون السؤر نجسا، وعلى أنه ليس كالمحقق يكون طاهرا استصحابا للأصل، والمشهور: التفرقة بين سؤر الماء والطعام، فيراق الأول دون الثاني، ومثل سؤر ما عادته استعمال النجاسة سؤر الكافر، وشارب الخمر وما أدخل يده فيه، فعلى أن الغالب كالمحقق تراق الثلاثة؛ لأنها نجسة، وعلى أنه ليس كالمحقق لا تراق.

وينبني عليها أيضا الخلاف في أكل الصيد الذي أدركه الصائد منفوذ المقاتل وظنه المقصود، فعلى أن الغالب كالمحقق يؤكل الصيد؛ لأن الغالب في المظنون أن يقع -أي أن يحقق-، وعلى أنه ليس كالمحقق لا يؤكل.

وينبني عليها أيضا الخلاف في أكل صيد الجارح الذي أرسله صاحبه وهو ليس في يده، فعلى شطر القاعدة الأول يوكل الصيد؛ لأن الغالب في الجارح أنه لا يجري على الصيد إلا بأمر ربه، وعلى شطرها الثاني لا يؤكل.

وينبني عليها أيضا الخلاف في أكل الصيد الذي اشترك في قتله كلب غير معلم مع كلب معلم، أو كلب مجوسي مع كلب مسلم، وظن أن الكلب المعلم أو كلب المسلم هو الذي قتله، فعلى الشطر الأول يؤكل الصيد؛ لأن الغالب إصابة الظن، وعلى الثاني لا يؤكل، والمشهور في هذه المسائل كلها عدم جواز أكل الصيد.

ومن فروع القاعدة أيضا الخلاف في لباس الكافر، وغير المصلي هل يحمل على النجاسة بناء على أن الغالب كالمحقق؟ أو لا بناء على العكس؟، والمشهور الأول.

والخلاف في الطلاق المعلق على الحيض أو الحمل هل ينجز على الحالف به حين حلف بناء على أن الغالب كالمحقق؟ أو لا ينجز عليه حتى يحصل الحيض أو الحمل بناء على أن الغالب ليس كالمحقق؟، والمشهور الأول لكن قيده اللخمي بغير اليائسة والتي لم تر حيض لا يعجل الطلاق فيهما بحال.

وهل لمعدوم بشرع حكمُ ما عُدمَ بالحسِّ خلافٌ رُسما

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشيء المعدوم في الشرع -أي المنهي عنه شرعا- هل هو كالمعدوم في الحس -أي هل ينَزل منزلة المعدوم في الحس-؟ أو لا؟. وينبني على هذا الخلافَ الخلافَ في بر من حلف ليطأن زوجته فوطئها حائضا، فعلى أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا لا يبر، وعلى أنه ليس كالمعدوم حسا يبر، وهو الصواب عند ابن رشد.

وينبني عليه أيضا الخلاف في وطء المبتوتة في الحيض هل تحل لمن أبتها بناء على أن المعدوم شرعا ليس كالمعدوم حسا؟، أو لا يحلها له بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا؟ وهو المشهور.

ومن فروع القاعدة أيضا الخلاف في الوطء في الحيض هل يوجب الرجعة بناء على أن المعدوم شرعا ليس كالمعدوم حسا؟، أو لا يوجبها بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا؟ وهو المشهور.

ومن فروعها أيضا الخلاف في وطء المُولِي في الحيض هل يكون فيئةً بناء على أن المعدوم شرعا ليس كالمعدوم حسا؟، أو لا يكون فيئة بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا؟ وهو المشهور.

ومن فروعها أيضا الخلاف في الوطء في الحيض هل يحصن بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا؟، أو لا يحصن بناء على العكس؟ وهو المشهور، والمخالف في هذه الأربع عبد الملك بن الماجشون.

ومن فروعها أيضا الخلاف في حكم من رعف في الصلاة وشك دوامه لآخر الوقت المختار ففتله بالأنامل العليا فزاد على الأنامل العليا إلى الوسطى بقدر ما يعفى عنه كالدرهم، فعلى أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا لا يعتبر بالزائد، وعلى العكس يعتبر، والمشهور الأول.

ومن فروعها أيضا الخلاف في بر من حلف ليتزوجن فتزوج تزوجا فاسدا، فعلى الشطر الأول لا يبر، وعلى الثاني يبر، والمشهور الأول، والثاني للخمي خرجه على مراعاة اللفظ إذا خالف المقصد.

ومنها الخلاف في بر من حلف ليبيعن العبد، أو ليقضين غريمه لأجل كذا أو ليعصين الله، فباع العبد بيعا فاسدا، أو باع الدين من غريمه بيعا فاسدا ولم يفت ثمنه عند غريمه حتى مضى الأجل، أو فعل المعصية التي حلف عليها، فعلى الشطر الأول لا يبر الحالف في المسائل الثلاث، وعلى الثاني يبر، وهو المختار عند اللخمي في مسألة بيع الدين إذا كان في الثمن وفاء للدين وهو المشهور ومذهب المدونة في مسألة الحلف على المعصية.

ومنها الخلاف في حكم من جار في القسم بين زوجاته هل يبتدئ بناء على الشطر الأول وهو المشهور؟ أو يحاسب بناء على الشطر الثاني وهو تخريج اللخمي؟.

ومنها الخلاف في انتقال ضمان المشتري بشراء فاسد إلى المشتري بالقبض، فعلى الشطر الأول لا ينتقل إليه به، وعلى الثاني ينتقل إليه به وهو المشهور وهو قول ابن القاسم، والأول لأشهب.

ومنها الخلاف فيما صاده مُحرِم هل هو ميتة بناء على الشطر الأول؟ أو مباح بناء على الشطر الثاني؟ والأول مذهبنا، والثاني مذهب الشافعي. قال المقري والمنجور: لم يجعلوا من فروع القاعدة حل يمين المكره بالإكراه الذي لا حنث فيه به، فإنه إذا فعل المحلوف على تركه بعد الإكراه مختارا يحنث عندهم؛ لعدم حنثه أولاً، ولم يذكروا فيه خلافا، والجاري على القاعدة جريان الخلاف فيه، فعلى الشطر الأول يحنث بفعله الثاني، وعلى الثاني لا يحنث به.

وهــلْ لموجــودٍ بــشرعٍ مــا لمــا		وُجد في الحــسِّ مِــن الحكــم انتمــى

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشيء الموجود في الشرع أي الحاكم الشرع بوجوده وهو معدوم في الحس.. هل له من الحكم ما للموجود في الحس أي هل يتنَزل منْزلته؟ أو لا؟ وينبني على القاعدة الخلاف في ندب إعادة الإمام الراتب في جماعة إذا صلى وحده في المسجد الراتب فيه، والجمع بعده لتلك الصلاة في ذلك المسجد، وندب إعادة من يريد الفضل معه، وجواز الجمع له ليلة المطر.. فعلى الشطر الأول تمتنع إعادته في جماعة، ويمتنع الجمع بعده في ذلك المسجد لتلك الصلاة، ويعيد معه من أراد الفضل، ويجمع ليلة المطر لوجود الجماعة في تقدير الشرع. قال الحطاب: بشرط أن ينوي الإمامة ويصلي في وقته المعتاد، وعلى الثاني لا تمتنع إعادته، ولا الجمع معه، ولا يعيد معه من أراد الفضل، ولا يجمع ليلة المطر؛ لعدم الجماعة حسا وهو المشهور.

ومنها الخلاف في جواز صرف ما في الذمة، فعلى الشطر الأول يجوز صرف ما في الذمة، وعلى الثاني لا يجوز؛ لعدم حضور النقدين أو أحدهما، والمشهور التفصيل بين أن يكون ما في الذمة حالا فيجوز، أو غير حال فيمتنع.

وَالــنجْسُ قلْــبُ عَرْضِــه مــؤثِّرُ		فــي حكمِــه وقيــلَ لا يُــؤثِّرُ

يعني أن انقلاب أعراض النجاسة أي تغيرها مؤثر في حكمها عند بعض الفقهاء، وعليه فيكون ما تولد منها طاهرا كعرق الجلاَّلَة ولبنها وبولها، وعرق السّكران، ولبن المرأة الشاربة، وقيل إن انقلاب أعراض النجاسة لا يؤثر في حكمها، وعليه فيكون ما تولد منها كالعرق وما بعده نجسا.

وبعضهمْ فـصّلَ بـينَ مـا اسـتحالْ		إلــى صــلاح أو فــسادٍ فــي المــآلْ

يعني أن بعض الفقهاء -وهو يحي بن عمر صاحب سحنون- فصل في حكم النجاسة التي تغيرت أعراضها بين ما استحال منها إلى صلاح فهو طاهر كاللبن والبيض، وما استحال إلى فساد فهو نجس كالروث والبول، وهذا التفصيل هو المشهور. ابن رشد: لا

خلاف في المذهب أن أكل لحم الماشية التي تتغذى بالنجس حلال، وإنما اختلفوا في الأعراق والألبان والأبوال، ثم نقل عن اللخمي الخلاف في اللحم أيضا.

تنبيه: يستثنى من هذه القاعدة المسك فقد أجمعوا على طهارته، وحكى المازري عن طائفة قولا بنجاسته، والمشهور في فارته أنها طاهرة أيضا.

وهلْ بفَقدِ علّةٍ حكمٌ يَزولْ أم لا خلافٌ بين ما أهل الأصول

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحكم المعلل بعلة إذا فقدت علته أي زالت هل يزول بزوالها؟ أو لا؟، وينبني على هذا الخلاف اختلافهم في إمضاء نكاح المتزوج في المرض إذا صح قبل الفسخ، فعلى أن الحكم يزول بزوال علته يمضي النكاح لزوال علته وهي إدخال وارث، وعلى العكس يفسخ، والمشهور الإمضاء.

وينبني عليه الخلاف في الماء المتغير بنجاسة إذا زال تغيره بغير زيادة ماء مطلق فهل يطهر بناء على أن الحكم يزول بزوال علته التي هي التغير وقد زالت؟، أو لا يطهر بناء على العكس وهو المشهور ولو نزح بعضه وهو قول ابن القاسم، والأول رواية ابن وهب، وصححه ابن رشد وارتضاه صاحب الطراز وشيخه الطرطوشي.

وينبني عليه أيضا الخلاف في ضامن الوجه إذا لم يحضره عند توجه الغرم عليه، ثم أحضره بعد الحكم وقبل الغرم، فعلى شطر القاعدة الأول يسقط عنه الغرم لزوال علته، وعلى الثاني لا يسقط عنه وهو المشهور.

ومن فروع القاعدة الخلاف في جواز الشبع من الميتة للمضطر، فعلى الشطر الأول لا يجوز له الشبع منها لزوال الضرورة قبله بسد الرمق، وعلى الثاني يجوز له الشبع وهو المشهور.

ومن فروعها الخلاف في إمضاء تصرف المحجور عليه لأجلِ غيره كالمريض، والزوجة في زائد الثلث، والمفلس، والعبد إذا لم يطلع الحاجر عليه إلا بعد زوال الحجر، فعلى الشطر الأول يمضي تصرفهم لزوال علته التي هي الحجر، وعلى الثاني لا يمضي والمختار الإمضاء، قال في المقدمات: لا نعلم نص خلاف في مضي تبرع المديان والمريض إذا زالت علة الرد،

فمحل الخلاف إذن إنما هو الزوجة تتبرع بما زاد على الثلث ولا يعلم الزوج حتى تتأيم أو تموت، والعبد يتزوج بغير إذن سيده ولم يعلم السيد حتى يبيعه أو يعتقه.

ومن فروعها الخلاف في سقوط شفعة الشريك إذا باع حصته التي يشفع بها بعد ما وجبت له الشفعة، فعلى الشطر الأول تسقط شفعته وهو المشهور، وعلى الثاني لا تسقط.

ومن فروعها الخلاف في الرد للعبد بعيب التزوج بعد ما زال بموت الزوجة أو طلاقها، فعلى الشطر الأول لا يرد به لزوال علة الرد وهي التزوج بالموت أو الطلاق، وعلى الثاني يرد به والأول هو الأحسن، ورجحه ابن رشد في موت الزوجة علية كانت أو وخشا، وفي موت الزوج إذا كانت وخشا، والثاني قول مالك ورجحه البساطي، ومحل الخلاف إذا كان التزوج بإذن السيد بلا طلب له، وأما إذا كان بغير إذنه، أو بطلب له فعيب مطلقا في الموت والطلاق، وأما سائر العيوب فمنها ما اتفق على عدم الرد به إذا زال وهو ما لا يحتمل العود، ومنها ما اتفق على الرد به بعد زواله وهو الذي يحتمل العود كالبول في الفراش.

ومن فروعها الخلاف في النُّزول عن الهدْي بعد الراحة للعاجز عن المشي، فعلى الشطر الأول يجب عليه النُّزول عنه وهو لابن الحاجب، وعلى الثاني لا يلزمه النُّزول عنه، وهو المشهور ومذهب المدونة.

ومن فروعها الخلاف في سقوط خيار الأمة المعتقة تحت العبد إذا عتق العبد قبل أن تختار، فعلى الشطر الأول يسقط خيارها وهو المعتمد إلا إذا كان تأخير اختيارها لحيض، وعلى الثاني لا يسقط.

ومن فروعها الخلاف فيما إذا طُلق على الزوج بجنون أو جذام أو برص ثم برئ في العلة، فعلى الشطر الأول تكون له الرجعة، وعلى الثاني لا تكون له.

ومنها الخلاف ما إذا اشترط الرجل لزوجته أنه إن غاب عنها أربعة أشهر فأمرها بيدها، فغاب عنها تلك المدة فلم تقض حتى قدم، فعلى الشرط الأول يسقط خيارها، وعلى الثاني لا يسقط.

وهــــلْ لحكـــمِ ظـــاهرٍ يُغلّـــبُ علـــى الـــذي لبـــاطنٍ يَنتـــسِبُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحكم بما ظاهره حق وباطنه باطل هل يغلب فيه حكم الظاهر على حكم الباطن فينفذ الحكم؟،أو يغلب حكم الباطن فيرد الحكم.

ومن فروع القاعدة الخلاف في إجزاء الزكاة إذا أخطأ رب المال في مصرفها بأن دفعها لغني أو عبد أو كافر بعد الاجتهاد.. وتعذر استرجاعها، فعلى الشطر الأول تجزئ، وعلى الثاني لا تجزئ -وهو المشهور- ولو تعذر استرجاعها، وأما لو كان الدافع لها باجتهاد الإمام لأجزأت مطلقا.. تعذر ردها، أم لا، وإذا كان الدافع لها وصيا أو مقدم قاض فإنها تجزئ إذا تعذر استرجاعها ولا تجزئ إذا لم يتعذر.

ومنها الخلاف في إمضاء وصية من أوصى بحج أو عمرة فأنفذت وصيته ثم استحق برق، فعلى الشطر الأول تمضي وصيته، وعلى الثاني لا تمضي بل ترد.

ومنها الخلاف في إمضاء الحكم بشهادة من ظنت عدالته فتبين أنه عبد أو كافر بعد الحكم، فعلى الشطر الأول يمضي الحكم، وعلى الثاني يرد وهو المشهور؛ لأنه رواية ابن القاسم عن مالك ورواية أشهب عن مالك وبه قال سحنون.

ومنها الخلاف في إمضاء نكاح من فقد زوجها فشهدت بموته بينة فاعتدَّت، ثم تزوجت، ثم قدم حيا، فعلى الشطر الأول يمضي نكاحها الثاني إذا تلذذ بها الثاني غير عالم بحياة زوجها المفقود، وعلى الثاني يفسخ مطلقا والمشهور الأول.

ومنها الخلاف في إمضاء بيع مال الغائب إذا باعه القاضي عليه في دين لمن أثبته عليه، ثم يأتي الغائب فيثبت أنه قضى الدين، فعلى الشطر الأول يمضي البيع وليس له أخذ ماله البتة، وعلى الثاني يأخذه بغير ثمن، والصحيح أنه يأخذه بالثمن.

ونقــلُ مغلــوبٍ لعــين مــا خُلــطْ بـــه مـــن الأصـــول عنـــدهمْ ضُـــبطْ

يعني أن نقل عين الشيء المغلوب إلى عين الذي خالطه بأن يصير بعضا منه لاستهلاك عينه فيه.. ضبط عند الفقهاء من الأصول المختلف فيها، فقال مالك والنعمان: إنه نقل إلى عين الذي خالطه. وقال محمد: إنه لم ينقل إليها وإنما خفي عن الحس فقط.

وينبني على هذا الخلاف الخلافُ في مخالطة قليل النجاسة لقليل الماء، ولكثير الطعام المائع، فعلى الشطر الأول لا ينجس الماء القليل ولا الطعام الكثير بالنجاسة التي خالطته، وعلى الثاني ينجسان، والمشهور في الماء أنه طاهر مطهر إلا أنه يكره استعماله مع وجود غيره، وهو رواية المدنيين عن مالك إلا إذا غيرت النجاسة أحد أوصافه، ورواية المصريين عن مالك أنه نجس وإن لم تغيره النجاسة، والمشهور في الطعام النجاسة، وحكى المازري قولا بطهارته وهو في غاية الشذوذ، وقيل إن الماء القليل المخلوط بنجاسة لم تغيره طهور من غير كراهة ولو مع وجود غيره، حكاه اللخمي وعزاه لرواية مصعب، وقال القاضي عبد الوهاب إن الماء المذكور مشكوك فيه فيجمع مستعمله بين الوضوء به والتيمم، وبه قال ابن الماجشون وسحنون وضعف لبعده.

ومن **فروعها** أيضا الخلاف في حصول التحريم بلبن المرأة إذا كان مغلوبا بغيره وغذي به صبي، فعلى الشطر الأول لا يحرم وهو المشهور وقول ابن القاسم، وعلى الثاني يحرم وبه قال أشهب ومطرف وابن الماجشون واختاره اللخمي، والأول مذهب أبي حنيفة والثاني مذهب الشافعي.

ومنها الخلاف في حنث من حلف لا يأكل سمنا وزعفرانا بالسمن المستهلك في السويق أو الزعفران المستهلك في الطعام إذا أكل سويقا ملتوتا بسمن أو طعاما مزعفرا، فعلى الشطر الأول لا يحنث و على الثاني يحنث وهو المشهور، لأن السمن يمكن استخراجه من السويق بالنار، والزعفران لا يؤكل وحده وإنما يؤكل في الطعام.

والخلفُ في نقلِ مبيعٍ أُجمِعا ... على فسادِهِ لشُبهةٍ مَعا

يعني أن الخلاف ظهر بين الفقهاء في نقل المبيع المجمع على فساده لشبهة الملك، فقيل إنه ينقل شبهة الملك، وقيل لا ينقلها، وقيل ينقلها المختلف فيه دون المجمع عليه، وقيل ينقل حقيقة الملك.

ومن فروع القاعدة الخلاف في إمضائه بتغير المبيع فعلى أنه ينقل شبهة الملك يمضي البيع، وعلى أنه لا ينقلها لا يمضي والمشهور الإمضاء لكن في المختلف فيه بالثمن، وفي المتفق عليه بالقيمة يوم القبض.

وهل لشيءٍ حكمُ مبدإٍ بُذلْ أو حكمُ ذي الحِذا خلافٌ قد نُقلْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشيء المتصل بغيره إذا كان له مبدأ ومحاذ هل يعطي حكم مبدئه؟ أو حكم محاذيه؟، وينبني على الخلاف الخلافُ في سلب طهورية الماء بتغيره بالملح المطروح فيه، فعلى إعطائه حكم مبدئه لا يسلب طهورية الماء؛ لأن مبدأه التراب وهي لا تسلب طهورية الماء، وعلى إعطائه حكم محاذيه وهو الطعام يسلب طهورية الماء والمشهور الأول، وقيل المعدني كالتراب، والمصنوع كالطعام، والراجح أن المصنوع لا يسلب طهورية الماغ كالمعدني.

وينبني عليه أيضا الخلاف في نجاسة أعلى السن والظفر والقرن وناب الفيل بالموت، أو الإبانة من حي، فعلى إعطائها حكم المبدأ تكون نجسة؛ لأن مبدأها اللحم والعصب والعروق والعظام وهي تنجس بالموت، وعلى إعطائها حكم المحاذي تكون طاهرة؛ لأنها مما لا تحله الحياة، و ما لا تحله الحياة لا ينجس بالموت، والمشهور الأول.

ومن فروع القاعدة أيضا الخلاف في باطن الأذن ما هو على القول بوجوب مسح الظاهر؛ لأن أصل الأذن في الخِلقة كالوردة ثم تنفتح، فعلى أن النظر إلى أصلها فظاهرها ما يلي الرأس، وعلى أن النظر إلى محاذيها فظاهرها ما يواجه به، قال ابن عبد السلام: وهذا إنما يحسن على القول بأن مسح ظاهر الأذنين اجب، ومسح باطنهما سنة، وأما على القول المشهور من أن مسح ظاهرهما وباطنهما سنة فلا يحتاج إلى النظر في القاعدة.

ومن فروعها الخلاف في نجاسة ميتة البحري الذي تطول حياته بالبر فعلى إعطائه حكم مبدئه وهو البحر فهو طاهر، وعلى إعطائه حكم محاذيه وهو حيوان البر تكون ميتته نجسة، والمشهور طهارته، وهو قول مالك، والقول بنجاسته لابن نافع وابن دينار، وقيل بالفرق بين أن يموت في البحر فهو طاهر، أو في البر فيكون نجسا، وهو رواية عيسى عن ابن القاسم.

ومن فروعها أيضا الخلاف في وجوب غسل ما طال من اللحية، ومسح ما طال من الرأس في الوضوء، فعلى إعطائه حكم المبدأ وهو الوجه في اللحية، والرأس في شعر الرأس.. يجب غسل ما طال من اللحية، ومسح ما طال من شعر الرأس وهو المشهور ومذهب المدونة، وعلى إعطائه حكم المحاذي وهو الصدر في اللحية، والعنق في الرأس لا يجب غسل ما طال من اللحية ولا مسح ما طال من شعر الرأس، والقول بعدم وجوب غسل ما طال من اللحية و لا مسح ما طال من شعر الرأس لأبي الفرج في نقل ابن ناجي، والأبهري في نقل ابن عرفة، وفي معنى غسل ما طال من اللحية غسل ما طال من الأظفار. ونقل الحطاب عن زروق أن ما زاد في الأظفار على الطول المعتاد لا يعفى عما تعلق به من الوسخ قل أو كثر.

ومن فروعها الخلاف في جواز أكل الغدة، فعلى إعطائها حكم المبدأ وهو القيح والدم لا تؤكل، وعلى إعطائها حكم المحاذي وهو اللحم تؤكل، والمشهور كراهتها. قال ابن عرفة: ابن حبيب روى استثقال عشرة دون تحريم: الطحال، والعروق، والغدة والمرارة، والعسيب والأنثيان، والكليتان، والحشا، والمثانة، وأذنا القلب، وفي أكل الميشيمة -وهي وعاء الولد- ثلاثة أقوال: قيل تؤكل، وقيل لا تؤكل، وقيل إن حل أكل الولد بذكاة أمه بأن تم خَلقه ونبت شعره أكلت، وإلا فلا، وصوبه ابن عرفة فقال: لأنه جزء من المذكاة وهو ظاهر المدونة.

ومن فروعها الخلاف في جواز صيد ما على أغصان الشجرة التي أصلها بالحرم وأغصانها بالحل، فعلى إعطاء الأغصان حكم مبدئها -وهو أصلها الذي بالحرم- لا يجوز اصطياد ما عليها ويلزم فيه الجزاء، وهو قول عبد الملك، وعلى إعطائها حكم محاذيها -وهو

الحل- يجوز اصطياد ما عليها ولا جزاء فيه، وهو المشهور ومذهب المدونة، وأما العكس بأن يكون أصل الشجرة بالحل وأغصانها بالحرم فيمنع اصطياد ما على أغصانها اتفاقا. والله تعلى أعلم.

وهل كالاصلِ طارئُ النسيانِ أو ليسَ كالأصلي عين ثان

يعني أن الفقهاء اختلفوا في النسيان الطارئ هل هو كالنسيان الأصلي؟ أو لا؟، وينبني على الخلاف الخلافُ في صحة صلاة من رأى نجاسة أو تذكرها بثوبه في أثناء صلاته في سعة الوقت، فلما هم بالقطع نسي، فعلى أن النسيان الطارئ كالأصلي فصلاته صحيحة، وعلى أنه ليس كالأصلي فصلاته باطلة وهو الأصح، ورجحه سند وخليل في التوضيح، واختاره ابن العربي، وأما لو رآها أو تذكرها قبل دخوله في الصلاة ثم نسيها وصلى بها فإن صلاته صحيحة اتفاقا.

ومن فروع القاعدة الخلاف في بناء من نسي الموالاة في الوضوء ثم ذكرها ثم نسيها ثانيا ثم ذكرها، فعلى أن النسيان الطارئ كالأصلي يبني، وعلى أنه ليس كالأصلي لا يبني، بل يستأنف وضوءه، قال ابن ناجي وظاهر المدونة أنه لا يبني.

ومن فروعها أيضا الخلاف في بناء من أفطر ناسيا في الصوم الواجب التتابع ككفارة الظهار أو القتل، ثم نسي فلم يصِل قضاء ذلك اليوم بصومه؛ إذ لم يذكره إلا بعده بأيام، فعلى أن النسيان الطارئ كالأصلي يقضي ذلك اليوم فقط، ولا يجب عليه ابتداء صوم الكفارة، وعلى أنه ليس كالأصلي يجب عليه ابتداؤه، وهو ظاهر المدونة.

ومن فروعها الخلاف في إعادة من صلى الخمس كل واحدة بوضوء ثم ذكر أنه نسي مسح الرأس من وضوئه لواحدة منهن فلما هم بمسح رأسه ليعيدهن نسي أيضا وصلاهن ثانيا بلا مسح، فعلى أن النسيان الطارئ ليس كالأصلي يمسحه ويعيد العشاء فقط؛ لأن احتمال النقص خاص بها، فعلى أنها هي ذات الوضوء الناقص فذلك ظاهر، وعلى أنها غيرها فقد جبرت بالإعادة الثانية، وهذا هو الظاهر، ونقله في الذخيرة عن سحنون. وبه أفتى

ابن رشد، وعلى أن النسيان الطارئ كالأصلي يبتدئ وضوءه ويعيد الخمس، ووجهه أنه فسدت عليه صلاة غير معينة من الخمس بيقين، و لا تبرأ ذمته منها إلا بيقين، وتيقن حصولها لا يمكن بدون وضوء تام وإعادة الخمس، والقولان قائمان من المدونة.

ومن فروعها الخلاف في إعادة من أمر بالإعادة في الوقت فنسي بعد أن ذكر حتى خرج الوقت، فعلى أن النسيان الطارئ كالأصلي لا إعادة عليه وهو المشهور وبه قال ابن القاسم، وعلى أن النسيان الطارئ ليس كالأصلي يعيد أبدا وهو قول مطرف وابن الملجشون، وحكاه ابن بشير عن ابن حبيب.. قال: ويجري في كل من أمر بالإعادة في الوقت فلم يفعل نسيان، وذلك لأن في الإعادة في الوقت قولا بأنها واجبة، والراجح أنها مستحبة.

هل حكمُ حاكمٍ بباطنٍ رُبطْ أو هو بالظاهرِ مخصوصٌ فقطْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في حكم الحاكم هل يتناول الباطن؟، أو لا يتناول إلا الظاهر فقط؟ وهو الصحيح.

ومن فروع هذه القاعدة الخلاف في الرجوع على المطلقة بنفقة الحمل التي قضى لها بها لظنه بها إذا تبين أن لا حمل بها، فعلى أن حكم الحاكم يتناول الباطن مع الظاهر لا يرجع عليها بها وهو لمالك، وروي عنه لا يرجع عليها ولو لم يحكم بها حاكم، وعلى أن حكم الحاكم لا يتناول إلا الظاهر يرجع بها عليها وهو المشهور، وروي عن مالك وبه قال ابن الماجشون، واختاره محمد وغيره، واعتمده خليل في مختصره، وظاهره سواء حكم بها حاكم أم لا.

ومن فروعها الخلاف في رجوع من أوصي له بنفقة عمره فقضى القاضي له بنفقة سبعين سنة بالتعمير، ثم زاد عليها عمره، فعلى أن حكم الحاكم يتناول الباطن والظاهر لا يرجع الموصى له على الورثة بشيء، وعلى أنه لا يتناول إلا الظاهر يرجع عليهم ببقية نفقته بقية عمره، والقولان لأشهب وابن القاسم.

ومن فروعها الخلاف في إمضاء عتق المدبر، أو الموصى بعتقه إذا كان مال السيد مأمونا اضعاف قيمة المدبر أو الموصي له بعتقه وحكم القاضي بحريته بنفس الموت من غير نظر في الثلث، ثم أجيح المال بعد ذلك فلم يبق منه ما يحمل ثلثه المدبر، أو الموصي بعتقه، فعلى أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن يمضي العتق، وعلى أنه لا يتناول إلا الظاهر ينقض، والقولان لابن القاسم وأشهب.

ومن فروعها الخلاف في إمضاء بيع عبد النصراني الذي باعه الحاكم لكونه أسلم في غيبة سيده النصراني البعيدة، ثم قدم النصراني فأثبت أنه أسلم قبل إسلام عبده، فعلى أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن لا ينقض البيع، وعلى أنه لا يتناول إلا الظاهر ينقض البيع، قال في الكتاب: وإن أعتق نقض عتقه.

ومن فروعها الخلاف في ما إذا ابتاع شخص عبدا ثم باعه بمثل الثمن أو أكثر، ثم رجع عليه بشراء أو ميراث أو هبة، وهو بحاله لم يتغير، فأراد رده بالعيب على بائعه الأول، وقد كان حكم عليه بعدم رده بذلك العيب قبل أن يرجع عليه، فعلى أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن فلا قيام له عليه بذلك العيب، وعلى أنه لا يتناول إلا الظاهر فله القيام به لارتفاع الحكم بارتفاع علته، وهذا القول لأبي محمد، والأول لابن حبيب، قال: وإن لم يحكم بعدم الرد عليه قبل أن يرجع إليه العبد حاكم فله القيام. قال أبو محمد: هذا بعيد من أصولهم. ابن يونس: يريد أبو محمد أن له الرد مطلقا.

ومن فروعها الخلاف فيما إذا اشترى شخص عبدا، ثم باع نصفه من آخر، ثم اطلع على عيب في العبد وقام به على البائع وأثبت العيب فغرم له البائع نصف قيمة العيب، ثم بعد ذلك رجع العبد إلى يد مشتريه الأول.. فهل للبائع أن يقول له إنما غرمت لك نصف قيمة العيب لتبعيض العبد والآن قد صار في يدك جميعه، فإن شئت فرد علي جميعه وخذ ثمنك، أو أحبسه ورد علي نصف قيمة العيب الذي غرمت لك، ويقضي له بذلك؟، وهل للمشتري أيضا أن يقول ذلك ويقضي له به -وإن أباه البائع- بناء على أن حكم

الحاكم لا يتناول إلا الظاهر؟، أو ليس للبائع أن يقول ذلك، ولا للمشتري أن يقوله بناء على أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن في ذلك؟، قولان حكاهما ابن يونس وهما جاريان على قولي ابن حبيب وأبي محمد في المسألة السابقة.

ومن فروعها الخلاف في مضي بيع عبد بيع على البراءة من الإباق، فأبق في الثلاث، وقلنا ضمانه من البائع حتى يخرج من الثلاث سالما، فحكم عليه برد الثمن بعد الإستيناء، ثم وجد العبد هل يرجع إلى ما كشف العيب؛ بأن يلزم المشتري البيع فيأخذ العبد ويرد الثمن للبائع.. بناء على أن حكم الحاكم لا يتناول الظاهر؟، أو لا يلزم البيع بناء على أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن؟ قولان للخمي ومحمد.

ومن فروعها الخلاف فيما إذا فلس شخص في غيبته البعيدة لجهل ملائه، فحكم بحلول مؤجله، ثم قدم مليا قبل أن يأخذ رب المال المؤجل دينه، فهل يمضي الحكم فيأخذ رب المؤجل دينه بناء على أن حكم الحاكم يتناول الظاهر والباطن وهو قول أصبغ ورجحه ابن عبد السلام وإياه اعتمد خليل؟، أو يرد الحكم ويبقى المؤجل لأجله؛ لأن الغيب قد كشف خلاف ما قضي به، بناء على أن حكم الحاكم لا يتناول إلا الظاهر وهو اختيار بعض المحققين، وإن لم يقدم حتى أخذ رب المؤجل دينه فإنه لا يرده اتفاقا. قاله ابن عبد السلام..

تنبيه: اتفق الناس في الديون، وما ليس فيه عقد و لا فسخ، وفروج ذوات المحارم أن قضاء القاضي فيها لا يحل حراما، و لا يحرم حلالا، وإنما الخلاف فيما سوى هذه الأوجه الثلاثة، فقيل إن حكم الحاكم فيها إنشاء حكم فينفذ ظاهرا لا باطنا، وقال أبو حنيفة بخلاف ذلك تحليلا وتحريما.

وإنْ جرى بموجبِ التوَقُّعِ حكمٌ فبالوقوعِ نفيُه وُعي

يعني أنه وعي -أي حفظ- عن الفقهاء أن الحاكم إذا جرى على ما يوجبه التوقع ينتفي بالوقوع، وقيل لا ينتفي به لأنه حكم نفذ.

ومن فروع القاعدة الخلاف في رد قيمة الزرع الذي أكلته الماشية ليلا إلى ربها إذا عاد الزرع لهيئته، فعلى أن الحكم الجاري على ما يوجبه التوقع ينتهي بالوقوع يرد رب الزرع قيمته لرب الماشية، وعلى أنه لا ينتفي بالوقوع لا يردها.

ومن فروعها الخلاف في رد عقل السن المقلوعة خطأ لقالعها إذا نبتت، فعلى أن الحكم الجاري بموجب التوقع ينتفي بالوقوع يرد صاحب السن عقلها إلى الجاني، وعلى أنه لا ينتفي بالوقوع لا يرده، وهو لابن القاسم، وقال أشهب إن لم يبق شيء رده، وإلا فلا.

ومن فروعها الخلاف في رد عقل العين المصابة خطأ إلى مصيبها إذا برئت العين وعادت لهيئتها، فعلى أن الحكم الجاري بموجب التوقع ينتفي بالوقوع برد صاحب العين العقل إلى الجاني وهو المشهور، ومذهب ابن القاسم، وعلى أنه لا ينتفي بالوقوع لا يرده وهو قول أشهب.

ومن فروعها الخلاف في رد قيمة الدابة التي تعدى عليها مكتريها في المسافة فضلت وغرم قيمتها، ثم وجدت، فعلى أن الحكم الجاري على ما يوجب التوقع ينتفي بالوقوع يرد رب الدابة قيمتها للمتعدي ويأخذ دابته، وعلى أنه لا ينتفي بالوقوع لا يرد القيمة، بل تبقى الدابة للمتعدي وهو قول مالك في كتاب الغصب والشفعة من المدونة.

ومن فروعها الخلاف في مضي الفسخ في كراء رحى الماء إذا انقطع ماؤها ففسخ ربها الكراء؛ لظنه أنه لا يعود عن قرب ثم يعود، فعلى أن الحكم الجاري على ما يوجبه التوقع ينتفي بالوقوع لا يمضي الفسخ بل يعود الكراء، وهو للخمي، قال: إلا أن يكون المكتري اكترى غيرها قبل عود الماء، وعلى أن الحكم الجاري على ما يوجبه التوقع لا ينتفي بالوقوع يمضي الفسخ، وإن لم يتفاسخا حتى عاد الماء عن قرب بقي الكراء على حاله، وإن عاد عن بعد جرت على قولين هل ذلك فسخ أو حتى يفسخ.

تنبيه: ومما ينبغي بناؤه على القاعدة –مع أني لم أقف على نص صريح عن الفقهاء في ذلك– فروع منها: عود العقل أو السمع أو قوة الجماع بعد غرم العقل. ومنها: تعدي

المستعير للدابة عليها في المسافة فتضل ويغرم قيمتها ثم توجد. ومنها: الدابة المغصوبة تضل أو العبد المغصوب يأبق فتغرم القيمة ثم يوجد ما ذكر. ومنها ما إذا تلف الثوب عند القصار ثم يوجد بعدما غرم قيمته، ومنها: من ادعى عليه بشيء فأنكره ثم صالح عليه ثم وجده بيده.

قال السجلماسي في شرح المنهج: لم أقف على الخلاف الذي في القاعدة في هذه الفروع، وإنما الذي وقفت عليه في عودة قوة الجماع والعقل والسمع رد العقل لا غير، وفي الفروع بعده عدم الرد لا غير.

وهل يجوزُ نقضُ مظنونٍ بظنْ أم لا يجوزُ نقضُه ما لم يَبنْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحكم الظني أي الثابت بالظن هل يجوز نقضه بحكم ظني إذا خالفه، أو لا يجوز نقضه به ما لم يحصل القطع بخطإ الأول.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في انتقال من اجتهد في أحد الأواني النجس بعضها، ثم تغير اجتهاده إلى غيره، فعلى أن الظن ينقض بالظن ينتقل إلى ما تغير اجتهاده إليه، وعلى أنه لا ينقض به لا ينتقل إليه وهو الأظهر.

ومن فروعها: الخلاف في إعادته إذا تطهر وصلى بما غلب على ظنه أنه طاهر، ثم تغير اجتهاده إلى غيره، فعلى أن الظن ينقض بالظن يعيد الطهارة والصلاة، وعلى أنه لا ينقض به لا يعيدهما وهو الأظهر كما في الشامل. قال ابن عرفة: وإن تغير اجتهاده بعلم أعاد طهارته وصلاته اتفاقا.

ومن فروعها: الخلاف في إعادة من اجتهد في القبلة إلى جهة فصلى إليها، ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى، فعلى أن الظن ينقض بالظن يعيد صلاته، وعلى أنه لا ينقض به لا إعادة عليه، والمشهور أنه يعيد في الوقت المختار، وهو مذهب المدونة، وقيل يعيد إلى الغروب وهو من تخريج ابن عات على مسألة من صلى بثوب نجس.

ومن فروعها الخلاف فيما إذا اجتهد القاضي فحكم، ثم تغير اجتهاده إلى غير ما حكم به؛ بأن ظهر له أنه أصوب، فعلى أن الظن ينقض بالظن ينقض الأول ويرجع إلى ما ظهر له أنه أصوب، وهو قول مالك في المدونة، وبه قال ابن القاسم وهو المشهور، وعلى أن الظن لا ينقض بالظن لا يجوز له نقض الأول، وهو قول ابن الملجشون وسحنون، ورجحه ابن محرز، وأما غير القاضي فلا يجوز له نقضه.

والخلفُ بين العُلماءِ في اقتضا الامرِ لتَكرارٍ أساسٌ مُرتضَى

يعني أن الخلاف بين العلماء في اقتضاء الأمر لتكرار المأمور به أي دلالته على ذلك أساس مرتضى أي أصل مرضي من أصول أمهات مسائل الخلاف.

ومن فروع هذه القاعدة: الخلاف في تكرار الغسلات السبع المأمور بها في الحديث إذا تعدد ولوغ الكلب في الإناء، أو ولغ فيه كلاب، فعلى أن الأمر يقتضي التكرار: يندب تكرار الغسلات السبع -وهو لبعض الشافعية، حكاه سند-، وعلى أنه لا يقتضي التكرار لا يندب تكرارها وهو المشهور. قال ابن هارون: وسبب الخلاف الألف واللام في لفظ "الكلب" في الحديث.. هل هي للماهية؟، أو للجنس؟، فعلى الأول يندب التكرار، وعلى الثاني لا يندب.

ومن فروعها الخلاف في تكرار تحية المسجد بتكرر دخوله، فعلى أن الأمر يقتضي التكرار: يسن تكرارها لكل دخلة، وعلى أنه لا يقتضي التكرار لا يسن تكرارها، وهو المعروف من المذهب.

ومن فروعها: الخلاف في سنية تكرار السلام المأمور به على كل مسلم إذا تكرر لقاؤك لمسلم واحد بالقرب، فعلى أن الأمر يقتضي التكرار يسن لك السلام عليه كلما لقيته، ولو لم يحل بينكما إلا شجرة، وهو المشهور، وبه كان يفتي أبو محمد عبد الله الشبيبي. قال ابن ناجي: ولم أر فيه خلافا، بل يسلم على كل مسلم لقيه ولو لم يحل بينهما إلا شجرة.. على هذا مضى السلف، وعلى أنه لا يقتضي التكرار لا يسن تكرير السلام بتكرير اللقاء لمسلم واحد بالقرب.

ومن فروع القاعدة أيضا الخلاف في تكرار حكاية الأذان المأمور بها عند سماع الأذان إذا تعدد المؤذنون، فعلى أن الأمر يقتضي التكرار يسن تكرار حكاية الأذان على حسب تعدد الأذان، واختاره اللخمي، وعلى أن الأمر لا يقتضي تكرار المأمور به لا يسن تكرار الحكاية، وهو المشهور كما صرح به الونشريسي ومال إليه صاحب الطراز وأخذه بعضهم من المدونة.

ومن فروع القاعدة الخلاف في سنية تكرار سجدة التلاوة المأمور بها عند قراءة محلها إذا تعددت قراءة محلها، فعلى أن الأمر يقتضي تكرار المأمور به يسن تكرار السجدة كلما قرأ محلها، وعلى انه لا يقتضي تكرار المأمور به لا يسن تكرارها. قال المازري: وأصل المذهب تكرارها إن كرر حزبا؛ إلا لمعلم أو متعلم ففيه قولان، وقال مالك وابن القاسم: يسجد أول مرة فقط. وقال أصبغ وابن عبد الحكم: لا سجود على معلم ولا على متعلم حتى في أول مرة.

يُعطى القريبُ حكمَ ما قد قَرُبا منه لدى أهلِ الأصولِ النُّجبا

يعني أن القريب من الشيء يعطي حكم الشيء الذي قد قرب منه عند أهل الأصول، وقيل لا يعطى حكمه.

ومن فروعها: الخلاف في إجزاء النية المتقدمة على محلها في الوضوء والغسل والصلاة بيسير، فعلى أن القريب من الشيء يعطي حكم ما قرب منه: تجزئ النية في المسائل الثلاث، وعلى أنه لا يعطى حكم ما قرب منه لا تجزئ، والقولان في مسألة الوضوء مشهوران نقلهما الحطاب، وكذا القولان في مسألة الصلاة؛ لكن القول بعدم الإجزاء أقوى، والمشهور في مسألة الغسل الإجزاء، رواه عيسى عن ابن القاسم.

ومن فروعها الخلاف في إجزاء الإستجمار لمن جاوزت له النجاسة محل الإستجمار بيسير، فعلى أن القريب يعطى حكم ما قاربه يجزئه الإستجمار، وعلى أنه لا يعطى حكمه لا يجزئه، والمشهور الإجزاء خلافا لابن عبد الحكم.

ومن فروعها: الخلاف في إجزاء الزكاة إذا قدمت قبل حولها بيسير، فعلى أن القريب من الشيء يعطى حكمه تجزئ، وعلى أنه لا يعطى حكمه لا تجزئ، والمشهور الإجزاء، واختلفوا في حد اليسير فقال ابن المواز: اليوم واليومان ونحوهما. وقال ابن حبيب: العشرة الأيام ونحوها. وفي التنبيهات: أنه الخمسة عشر يوما ونحوها. وقال ابن القاسم إنه شهر ونحوه. وفي المبسوط عن مالك: أن حد اليسير شهران، والمشهور أنه شهر، والقول إن تقديم الزكاة على حولها بيسير لا تجزئ لابن نافع، ورواه ابن وهب عن مالك. ابن يونس: وهو الأقرب وغيره استحسان.

ومن فروع القاعدة أيضا: الخلاف في إجزاء إخراج زكاة الفطر قبل يوم الفطر بيسير، فعلى أن القريب من إلشيء يعطى حكمه يجزئ، وعلى أنه لا يعطى حكمه لا يجزئ، وهو المشهور ومذهب المدونة، وقول ابن القاسم وحد اليسير بيوم أو يومين.. قال: وفعل ذلك ابن عمر، وقيل ثلاثة أيام. نقله ابن الجلاب. ومثله لابن بشير، واعتمده ابن الحاجب وخليل في مختصريهما، واختلف هل هذا القول باق على إطلاقه أي سواء كان ربها هو المتولي تفرقتها أو الإمام وإليه ذهب اللخمي وهو المذهب، أو إنما ذلك إذا دفعت لمن يلي تفرقتها على المساكين يوم الفطر، وإليه ذهب ابن يونس، والقول بعدم الإجزاء مطلقا لابن يونس وابن الملجشون.

ومن فروعها الخلاف في لزوم الفدية لمن تطيب قبل إحرامه بحج أو عمرة وأزاله بعده بالقرب أو ألقت الريح عليه طيبا وهو نائم فأزاله بقرب ما استيقظ، أو أصابه بعض خلوف الكعبة وأزاله بالقرب، فعلى أن القريب من الشيء يعطى حكمه لا فدية عليه في المسائل الثلاث، وهو المشهور، وعلى أنه لا يعطى حكمه تلزمه الفدية، وأما إن تراخى في إزالته فعليه الفدية؛ لكن المشهور في الخلوف أنه لا تلزم منه الفدية ولو تراخى في نزعه ولو كان كثيرا، وإنما يندب نزع كثيره فقط، ويخير في نزع يسيره.

ومن فروعها الخلاف في الجزاء لمن أرسل جارحه على صيد قريب من الحرم فقتله دونه بالقرب منه قبل أن يصل إليه، فعلى أن قرب الشيء يعطى حكمه يلزمه الجزاء، وبه قال ابن الحكم، وعلى أنه لا يعطى حكمه لا جزاء عليه، وهو المشهور، وبه قال مالك وابن القاسم، وأما لو أدخله الحرم وأخرجه منه ثم قتله خارجه فعليه الجزاء على المشهور، وإن قتله فيه لزمه اتفاقا.

ومن فروعها الخلاف في إجزاء الأضحية المقطوع يسيرا من أذنها أو ذنبها.. فعلى أن القريب من الشيء يعطى حكمه تجزئ، وعلى أنه لا يعطى حكمه لا تجزئ، وقيل تكره ابتداء في الذنب، والمشهور الإجزاء، واختلف في حد اليسير فقال ابن رشد لا خلاف أن ما دون الثلث يسير، وأن النصف فصاعدا كثير، واختلف في الثلث.. قال: والأذن والذنب في ذلك سواء. وقال الباجي: والصحيح أن ثلث الأذن يسير، وثلث الذنب كثير، فلا تجزئ معه إذا كان مقطوعا، وإياه اعتمد خليل في مختصره، ونص ابن حبيب على أن ثلث الأذن كثير لا تجزئ معه، والمشهور خلافه، وحكى التونسي قولا بيسارة ثلث الذنب.

ومن فروعها: الخلاف في صحة عقد النكاح المتقدم على إذن الزوج أو الزوجة أو الولي غير المجبر بيسير إذا أمضاه أي هذا النكاح من ذكر بالقرب، فعلى الشطر الأول يمضي النكاح ويصح، وعلى الثاني لا يمضي، والمشهور الصحة إن قرب الإمضاء من العقد، وقيل يصح مطلقا وهو لمالك، وفي الموازية المنع مطلقا حكاه ابن الحاجب، ومحل الخلاف إذا لم يعترف الولي أو الوكيل بالإفتيات على المرأة أو الزوج حال العقد، وإلا فسخ النكاح اتفاقا واختلف في تحديد القرب على القول المشهور، فحده بعضهم بأن يكون المفتات عليه بالبلد، وبعضهم باليومين وهو المشهور، وحده سحنون بما بين مصر والقلزم، وهذا كله في الافتيات على الزوج والزوجة، وأما الافتيات على الولي فالمشهور فيه -وهو مذهب ابن القاسم- أن النكاح يمضي إذا أمضاه الولي بالقرب، وإذا رده فسخ ما لم يدخل بها، وقيل يفسخ مطلقا أبدا وهو قول سحنون. اللخمي: يريد وإن تطاول بالأولاد، وقيل إنه ماض مطلقا حكاه عبد

الوهاب عن مالك، ومذهب مالك في المدونة الوقف في إجازته وفسخه إذا أجازه الولي بالقرب، فقال ليس فسخه بالبين ولكنه أحب إليه، وحكي عن ابن القاسم أنه قال يفسخ ما لم يطل بعد البناء، وقال أبو عمران إنما توقف مالك في إجازته ولم يتوقف في فسخه، ونحو اللخمي والباجي.

ومن فروعها: الخلاف في جواز تأخير رأس مال السلم بشرط اليومين والثلاثة، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يجوز، وهو مذهب المدونة، وعلى العكس يمنع وهو لسحنون واختاره ابن الكاتب وعبد الحق وصاحب الكافي؛ لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ.

ومن فروعها: الخلاف في صحة الصرف الذي تسلف فيه أحد المصطرفين بالقرب من عقد الصرف، أو حصلت فيه مفارقة يسيرة قبل أخذ العوض وبعد عقد الصرف، فعلى إعطاء الشيء حكم مقاربه يبطل الصرف في المسألتين، وهو المشهور ومذهب مالك في المدونة في مسألة المفارقة، والقول بعدم الصحة في مسألة التسلف لأشهب، والقول بالصحة في مسألة المفارقة حكاه ابن الحاجب، وقيده في التوضيح بما إذا كانت المفارقة بسبب يعود بالإصلاح على العقد كما لو فارق الحانوت أو الحانوتين؛ لتقليب ما أخذه أو زنته، وهو مذهب الموازية والعتبية، وحمله اللخمي على الخلاف، وتأوله صاحب البيان على الوفاق بأن محل القول بفساد الصرف الذي في المدونة إذا افترق المتصارفان بعد عقد الصرف وقبل التقابض لغير ضرورة، ومحل القول بصحة الصرف الذي في العتبية والموازية إذا افترق المتصارفان بعد العقد وقبل التقابض لضرورة.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم الثنيا المتطوع بها بعد العقد إذا كانت مؤجلة بشهر؛ بأن قال المشتري للبائع إن جئتني بالثمن إلى شهر فالسلعة رد عليك فجاءه به بعد الشهر بالقرب، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يلزم المشتري رد السلعة على البائع، وعلى العكس لا يلزمه، والقولان حكاهما المنجور، ولم أر القول بالنفي لغيره.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في الرد بالعيب للمبيع بعهدة الثلاث أو السنة إذا ظهر العيب بعد انقضاء مدة العهدة بالقرب أي تحقق حينئذ، وقد شك فيه في زمنها فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يرد البيع به، وبه قال ابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبغ وابن حبيب، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يرد به، وبه قال ابن القاسم وابن كنانة وروي عن ابن القاسم أيضا أنه إن ظهر دليله في السنة وتحقق بعدها بالقرب رد به، وإلا فلا.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في جواز التراجع باليسير في قسمة القرعة كدارين قيمة إحداهما مائة، والأخرى تسعون إذا قسمتا بالقرعة على أن آخذ ذات المائه يرد لآخذ ذات التسعين خمسة، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يجوز التراجع باليسير في قسمة القرعة، وهو قول اللخمي وإياه اعتمد خليل في مختصره، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يجوز التراجع في اليسير بقسمة القرعة وهو المشهور.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في رجوع المدعي عليه المنكر، أو المدعي أي المستحق المصالح عنه من يد المدعي عليه في حدثان الصلح ،أو استحق المصالح به من يد المدعي بحدثان الصلح أيضا.. فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يرجع المدعى عليه على المدعي بما دفع له بعينه إن لم يتغير سوقه أو بدنه، وإلا فبقيمته إن كان مقوما، أو مثله إن كان مثليا وهو مذهب المدونة، وبه قال ابن القاسم.. قال: لأنه يقول للمدعي إن كنت محقا في دعواك فصلحنا بيع، والمصالح عنه مشترى، فحين استحق يجب عليك رد عوضه، وإن كنت مبطلا في دعواك لا يحل لك أخذه بباطل، وعليه أيضا يرجع المدعي على المدعى عليه إذا استحق منه المصالح بقيمته إن كان مقوما، ومثله إن كان مثليا، وهذا القول رجحه ابن يونس، وإياه اعتمد خليل في مختصره، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يرجع المدعى عليه إذا استحق المصالح عنه بحدثان الصلح من يده على المدعي بما دفع له ولا بقيمته ولا مثله، وهذا القول نقله اللخمي عن سحنون في كتاب الهبة، قال: لأنه دفع عنه الخصام بما أعطاه لا بشيء

ثبت عليه، وعليه أيضا لا يرجع المدعي على المدعى عليه إذا استحق منه المصالح به بقيمته ولا بمثله، بل يرجع للخصومة، وهذا القول صوبه ابن اللباد.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم طلاق المراهق، وحده وقتله إذا ارتد، وإسلامه تبعا لأبيه إذا أسلم، وإنكاحه لوليته، والاسهام له بالقرب من البلوغ، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يلزمه الطلاق إذا طلق، ويقام عليه الحد إذا فعل موجبه، ولا يحكم باسلامه إذا أسلم أبوه، ولا يقتل إذا امتنع من الإسلام بعد البلوغ، ويسهم له إذا قاتل، ويصح ويلزم إنكاحه لوليته، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يلزم الطلاق، ولا يقام عليه الحد إذا فعل موجبه، ويحكم بإسلامه تبعا لإسلام أبيه، ويقتل إذا ارتد بعد البلوغ، ولا يسهم له إذا قاتل، ولا يصح و لا يلزم إنكاحه لوليته، والمشهور عدم لزوم الطلاق له خلافا لابن كنانة، وعدم إقامة الحد عليه إذا فعل موجبه، وأنه لا يحكم له بالإسلام تبعا لإسلام أبيه، و لا يقتل إذا امتنع من الإسلام بعد البلوغ، بل يهدد ويضرب، وظاهر المدونة عدم الإسهام له، ورجحه ابن عبد السلام، وقيل يسهم له إذا قاتل وأجازه الإمام، وإياه اعتمد صاحب الرسالة.

ومن فروع القاعدة الخلاف في تصديق الصانع ونحوه في عدم قبض الأجرة إذا ادعاه بعد دفع المصنوع بالقرب كاليومين ونحوهما، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يصدق الصانع بيمين، وهو ظاهر مختصر خليل، وهو المشهور، وعلى العكس يصدق رب المصنوع في دفع الأجرة بيمين، وهذا القول لم أره في المذهب، والمشهور أن القرب مقدر بالعرف، وقيل مقدر باليومين فقط، فما زاد عليهما طول يصدق فيه رب المصنوع بيمين.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في رجوع المرأة التي أعطت لزوجها مالا على أن لا يتزوج عليها أو لا يطلقها، أو أسقطت الصداق على ذلك، ثم تزوج عليها وطلقها، أو طلقها بالقرب، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لها الرجوع بما أعطته على ذلك إذا لم يحصل غرضها بالإعطاء، وعلى العكس لا ترجع، والمشهور الأول، وهو قول مالك، والثاني لم أقف عليه في المذهب، قال أصبغ إلا أن يكون الطلاق بحدثان الإعطاء، أو إسقاط الصداق بيمين

نزلت ولم يتعمد الحنث ولم يستأنف اليمين فلا رجوع لها عليه.. قال: خلافا للخمي في أن لها الرجوع عليه ولو كان الطلاق ليمين نزلت. وأما إن لم يتزوج عليها، أو لم يطلقها إلا بعد حين بحيث يرى أنها بلغت غرضها في المقام معه، فلا رجوع لها، وإن طال ولم يبلغ بحيث يرى أنها بلغت غرضها في المقام معه، فلا رجوع لها وإن طال ولم يبلغ ما يرى أنها دفعت المال لأجله كان له من المال بقدر ذلك على التقريب فيما يرى.

ومن فروع القاعدة الخلاف في مضي تبرع المرأة بثلث مالها بعد ما تبرعت بثلثه بالقرب، وبتبرعها بما زاد على الثلث بيسير، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يبطل تبرعها بما زاد على الثلث بيسير، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه يمضي تبرعها الثاني بالثلث، ويبطل تبرعها بما زاد على الثلث بيسير، والمعروف من المذهب بطلان التبرع الثاني بالثلث إن قرب ما بينهما وإلا جاز، وهو قول محمد، وإياه اعتمد خليل في مختصره، وقال عبد الوهاب: ليس لها ذلك وإن بعد التبرع الثاني من الأول إلا في مال آخر، والبعد حده بعضهم بعام، وبعضهم -وهو أصبغ- بستة أشهر، والمشهور في المسألة الثانية بطلان التبرع بما زاد على الثلث وما معه إن أبطله الزوج، وهو قول ابن القاسم في المدونة وإياه اعتمد في المختصر، وفي المدونة أيضا عن المغيرة أنه لا يرد ما زاد على الثلث وبه قال ابن الماجشون.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في جواز الرد لمن له الخيار في كالغد بعد انقضاء مدة الخيار، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يكون له الرد فيه، وعلى العكس لا رد له، والمشهور الأول وهو مذهب المدونة، والثاني لأشهب.

ومن فروع القاعدة أيضا: الخلاف في سقوط الشفعة بالسكوت أزيد من سنة بقليل.. فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا تسقط الشفعة، وبه قال أحمد بن ميسرة، وعلى عدم إعطائه حكم ما قاربه تسقط، وبه قال أشهب، وبالغ في ذلك حتى قال بسقوطها بغروب الشمس من آخر أيام السنة إذا لم يقم حينئذ.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز شراء الثمرة التي لم يبد صلاحها، أو الزرع الذي لم يبد صلاحه، وخلفة الفصيل لمشتري أصلها بعد شرائه إياه بالقرب، وكذا شراء مال العبد بعد شراء العبد بالقرب.. فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يجوز لمشتري الأصل من شجر أو أرض أو فصيل أو شراء الثمرة التي لم يبد صلاحها تبعا لشجرها، وشراء الزرع الذي لم يبد صلاحه تبعا لأرضه، وشراء خلفة الفصيل تبعا لأصلها، ويجوز لمشتري العبد شراء ماله المجهول تبعا له، وهو المشهور في المسائل الأربع، وبه قال ابن القاسم، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يجوز شراء ما ذكر من المسائل الأربع، وقيل يجوز ذلك في الثمار دون غيرها، وقيد بعض الشيوخ القول المشهور ببقاء الأصل بيد مشتريه، وأما إذا جز الفصيل مشتريه، ثم أراد شراء خلفته، أو أعتق العبد أو باعه ثم أراد شراء ماله، أو باع الأرض أو الشجرة ثم أراد شراء الزرع أو الثمرة قبل بدو الصلاح فإنه يجوز اتفاقا، وأما لو بعد ما بين شراء الأصل والفرع، فقال بعضهم لا يجوز شراء الفرع المذكور تبعا له، وظاهر قول ابن القاسم إنه يجوز، وبه قال ابن زرقون وهو المشهور.

ومن فروعها الخلاف في تصديق المكتري كدار ودابة في دفع الكراء بعد انقضاء الوجيبة أو بعد بلوغ الغاية بالقرب، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يصدق المكتري، بل يصدق رب الدار والجمال في عدم الدفع، وعلى العكس يصدق المكتري في الدفع، والمشهور الأول وهو تصديق رب الدار والجمال بيمين.. سواء بقي المكتري في الدار أو خرج، وسواء كانت الأحمال بيد الجمال أو أسلمها للمكتري، وقال ابن حبيب إن كان مشاهرة أو مسانهة صدق المكتري في دفع كراء ما مضى مع يمينه، قال صاحب البيان العرف عندنا أن القول قول المكتري في دفع كراء ما مضى من الأشهر، والقول قول رب الدار في الشهر الأخير ما لم يطل الأمر بعد انقضائه.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في ضمان مكتري الدابة أو مستعيرها إذا تعدى المسافة بأن جاوز الغاية المشترطة بيسير.. مثل تنحيه بعد الغاية إلى مثل منازل الناس وهلكت الدابة في

تلك الزيادة، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا ضمان عليه؛ لأن منازل الناس كالمسافة المشترطة، محمد وقيل يضمن إن زاد خطوة.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في لزوم زيادة الوكيل اليسيرة في ثمن السلعة الموكل على شرائها، أو نقصه من ثمن السلعة الموكل على بيعها بعضا يسيرا للموكل.. فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه تلزم الزيادة الموكل ويلزمه النقص، وعلى العكس لا يلزمه ما ذكر، والمشهور لزوم الزيادة له في التوكيل على الشراء، وعدم لزوم النقص له في التوكيل على البيع، والفرق: أن الشراء لا يتأتى غالبا بما يجده الموكل وغرضه تحصيل المشتري ولا يحصل إلا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة، بخلاف البيع فانه يتأتى بما حد له أو يرد عليه سلعته، وقيل النقصان اليسير من الثمن كالزيادة اليسيرة فيه، والوكيل مصدق في دفع الزيادة إن لم يسلم المشتري لربه، أو طلب زيادته بالقرب من تسليمه لربه وإلا فلا إلا أن يشتغل بحاجة أكيدة، أو يكون في سفر فيقدم، رواه عيسى عن ابن القاسم وتردد فيه التونسي، وخرجه المازري على الخلاف فيما خرج من ذمة إلى أمانة، فعلى القول بالاكتفاء بالنية في خروج الشيء من الذمة إلى الأمانة يصدق الوكيل في دفع الزيادة، وعلى العكس لا يصدق، وأما إذا كانت الزيادة كثيرة فإن الوكيل يثبت له الخيار في المشتري، فان لم يرض به لزم الوكيل كشرائه معيبا عالما به إلا أن يكون شراؤه فرصة، والعيب خفيفا فيلزم الموكل.

ومن فروع القاعدة أيضا: الخلاف في تصديق الوكيل مفوضا أو غيره في الدفع لموكله بقرب الوكالة، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يصدق الوكيل في الدفع، بل القول قول الموكل بيمينه، وهذا القول روي عن مالك.. قال: لأن الأصل بقاؤه عنده، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه يصدق الوكيل مع يمينه في الدفع؛ لأنه أمين، ولو ادعى دفعه بحضرة قبضه ممن وكل عليه أو بقربه بالأيام اليسيرة، وهو قول مالك في المدونة، وأما دعواه الدفع بعد الوكالة بطول كشهر فإنه يصدق بيمين اتفاقا، وإن طال جدا صدق بغير يمين، وفرق أصبغ بين المفوض إليه بالقرب يبرأ مع يمينه، وفي البعد جدا يبرأ بغير يمين، وأما الوكيل

على شيء بعينه فهو غارم حتى يقيم البينة على الدفع، وإن مات الوكيل بالقرب فقال عبد الملك ذلك كله في محله إذا عرف القبض وجهل الدفع ولم يذكره.

ومن فروع القاعدة أيضا الخلاف في تصديق الوصي على الأيتام إذا ادعى دفع المال لهم بعد الترشيد بزمن يسير، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه لا يصدق الوصي في الدفع وهو المشهور؛ لأنه ادعى الدفع لغير ما ائتمنه، وعلى عدم إعطاء الشيء حكم ما قاربه يصدق بيمين وهو قول ابن الملجشون، وأما إن طال ذلك كالثلاثين والعشرين سنة بعد الترشيد واليتامى معه في البلد لم يطلبوا منه شيئا ثم يطلبونه بعد ذلك فإنه يصدق بيمينه، قاله مالك في الموازية، وبه قال ابن زرب، وحدّ البعيدَ بثمان سنين فأكثر. قال خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال وذلك يختلف باختلاف الزمن.

ومن فروع القاعدة أيضا: الخلاف في مضي شراء السفيه ما قل، وإيصاء الأم على ولدها في يسير ورثه منها ولا أب له و لا وصي، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه ينفذ شراء السفيه لما قل، وينفذ إيصاء الأم على ولدها في اليسير الذي ورثه منها حيث لا أب له و لا وصي؛ لأن اليسير قريب من العدم، وعلى إعطائه الحكم نفسه لا ينفذ شراء السفيه لما قل و لا إيصاء المرأة على ولدها.

ومن فروعها أيضا الخلاف في جواز أخذ اليسير من طريق المسلمين، وجواز الغرر اليسير في البيع، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يجوز أخذ اليسير من الطريق ويجوز الغرر اليسير في البيع، وهو المشهور في البيع، وعلى إعطاء الشيء حكم نفسه لا يجوز ما ذكر.

ومنها الخلاف في قطع من سرق مرارا كل مرة دون النصاب والمجموع نصاب، فعلى إعطاء الشيء حكم ما قاربه يقطع، وعلى إعطائه حكم نفسه لا يقطع.

تنبيه: قال ابن رشد هذه القاعدة كثيرا ما يذكرها الفقهاء ولم أجد دليلا يشهد لعينها، فأما إعطاء الشيء حكم نفسه فهو الأصل وأما إعطاؤه حكم ما قاربه فإن كان مما لا يتم إلا به

كإمساك جزء من الليل في الصوم فهذا يتجه، وإن كان على خلاف ذلك فقد يحتج بحديث: «مولى القوم منهم». وبقوله ﷺ: «المرء مع من أحب».

وهل ثبوتُ حكمِ مالكٍ لِمَنْ جرى له ما يَقتضي المِلْكَ قمَنْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا فيمن جرى له سبب يقتضي التمليك هل هو قمن أي جدير بأن يثبت له حكم من ملك؟، أو لا؟.

ومن فروع هذه القاعدة الخلاف في نقض وضوء صاحب السلس القادر على رفعه بتزوج أو تسر بالسلس، فعلى أن له حكم من ملك ينقض وضوءه بسلسه، وعلى العكس لا ينقض وضوءه به، والمشهور النقض، ويغتفر زمن التزوج أو التسري.

ومن فروعها الخلاف في إعطاء الزكاة للفقير القادر على الكسب، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعطى حكم من ملك لا يعطي من الزكاة، ولا تجزئ إن دفعت له، وعلى العكس يعطي منها وتجزئ، والقولان لمالك ويحيى بن عمر، والمشهور جواز إعطائها له. اللخمي: إن كان ذا صنعة تكفيه وعياله فغني وإن لم تكفه أعطي تمام كفايته، وإن كسدت، أو لم يكن ذا صنعة ولم يجد ما يحترف به أعطي، وإن وجده ففيه قولان.

ومن فروعها: الخلاف في وجوب نفقة الأبوين القادرين على الكسب على الابن الموسر.. فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعطي حكم من ملك لا تجب نفقتهما على ابنهما الموسر، وعلى العكس تجب عليه، والمنصوص عدم الوجوب وهو المشهور، ويجبران على الكسب، ومثل الأبوين الأولاد القادرون على الكسب، فالمشهور عدم وجوب نفقتهم على أبيهم الموسر.

ومن فروع القاعدة الخلاف في وجوب نفقة الأبوين العلجزين عن الكسب على الابن المعسر القادر على الإنفاق عليهما من كسبه وتركه اختيارا.. فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعطي حكم من ملك يجبر الابن على الكسب لينفق على أبويه، وعلى العكس لا يجبر عليه ولا تلزمه نفقتهما وهو المشهور.

ومن فروع القاعدة الخلاف في وجوب الزكاة في مال القراض إذا كانت حصة عامل القراض من الربح نصابا، وكان حرًّا مسلما لا دَيْن عليه، وأقام المال بيده حولا ورب المال كافر أو عبد أو مدين، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعد مالكا من حين جرى له تجب الزكاة له في حصته وحصة رب المال تبعا له؛ لأنه يعد مالكا بظهور الربح، وعلى العكس لا تجب الزكاة في حصته؛ لأنه لا يعد مالكا لحصته إلا بالقسمة، وكذا إذا كان رب المال مسلما لا دين عليه والعامل عبد أو كافر أو مدين، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعد مالكا من حين جرى له ذلك السبب لا تجب الزكاة في حصة العامل، وعلى العكس تجب فيهما تبعا لرب المال؛ لأنه لا يملك حصته إلا بالقسمة وقبلها لرب المال الجميع فيزكيه على ملكه، والقولان في المسألتين مرويان عن مالك، فروى ابن المواز عنه أن المعتبر في زكاة مال القراض حال العامل، فان كان من أهل الزكاة وفي نصيبه من الربح نصاب وجبت الزكاة في جميع المال وإن لم يكن ربه من أهل الزكاة. وروى عنه أشهب أن المعتبر حال رب المال فإن وجبت عليه الزكاة وجبت في نصيب العامل وإن يكن من أهلها. قال القرافي: والقولان مبنيان على المترقبات متى يعد حصولها هل يوم ترقبت فيملك حصته من الربح بظهوره؟، أو يوم تقررت فلا يملكها إلا يوم القسمة وقبلها لرب المال الجميع فيزكيه على ملكه؟، وذهب ابن القاسم إلى اعتبار حاليهما معا فإن كانا من أهلها وحصة رب المال بربحه نصاب وأقام المال بيد العامل حولا زكى ربحه وإن قل فجعلهما كمالك واحد، وإن سقطت الزكاة عن أحدهما بأن كان عبدا أو كافرا أو مدينا سقطت عنهما وهذا هو المشهور، وإياه اعتمد خليل في مختصره.

ومن فروع القاعدة أيضا: الخلاف في قطع من سرق من الغنيمة بعد حوزها وقبل قسمها هل يقطع بناء على أن من جرى له سبب يقتضي التمليك لا يعد مالكا؟، أو لا يقطع بناء على أنه يعد مالكا، ومذهب الشافعي أن الغنيمة تملك بالحوز والأخذ، ومذهب مالك أنها لا تملك إلا بالقسمة، قال القرافي والمشهور في المذهب إيجاب القطع على من سرق من

الغنيمة قبل القسم لضعف الشبهة؛ لا سيما مع كثرة الجيش وقلة المغنم، وقال ابن الماجشون إذا سرق فوق حقه نصابا من المغنم قطع وإلا فلا.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في سقوط الشفعة ببيع الشريك حصته بعد ما باع أحد شركائه حصته، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعد مالكا من حين جرى ذلك السبب لا تسقط شفعته ببيعه حصته؛ لتقرر ملكه للشفعة بمجرد بيع الأول، وعلى العكس تسقط شفعته، وهو المشهور.

ومن فروعها الخلاف في بطلان تيمم من وهب له الماء بعد أن تيمم، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعد مالكا من حين جرى له ذلك السبب يبطل تيممه بناء على القول بلزوم قبول هبة الماء، وهو المشهور، وقيده المقري بعدم تحقق المنة، وعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك لا يعد مالكا لا يبطل تيممه.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في وجوب فسخ الصفقة في المقوم إذا استحق أو تعيب أكثره، فعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك يعد مالكا يجب فسخها، ولا يجوز التمسك بالباقي، وهو المشهور؛ لأن الصفقة لما انحلت باستحقاق الجل أو تعيبه صار تمسك المشتري بباقي المقوم كإنشاء صفقة بثمن مجهول؛ إذ لا يعلم نسبة الجزء للباقي من الثمن إلا بعد تقويم كل جزء من المبيع على الانفراد، ونسبة كل واحد من تلك الأجزاء إلى مجموع الصفقة، وعلى أن من جرى له سبب يقتضي التمليك لا يعد مالكا لا يجب فسخ الصفقة ويجوز التمسك بباقي المقوم، وهو قول ابن حبيب قائلا إن هذه جهالة طرأت بعد تمام العقد وهي لا تضر.

تنبيه: لم يجعلوا من فروع القاعدة مسألة جبر الغرماء للمفلس على التكسب والتسلف والعفو للدية والاستشفاع ونزع مال رقيقه وما وهب لولده قبل إحاطة الدين بماله وقبول معروف فإنهم اتفقوا على أنه لا يلزمه ما ذكر؛ لأنهم لم يعاملوه على التزام ذلك، وكذا اتفقوا على أن للعبد أن يختار العبودية إذا قال له سيده أنت حر إن شئت. والله أعلم.

هـل حَـدثٌ بغـسْلِ عـضوٍ يَرتفـعْ أو بتمـامِ الطُّهـر رفعُـه شُـرِعْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في رفع الحدث بالوضوء هل يرتفع عن كل عضو بمجرد غسله من غير تعلق بسائر الأعضاء، أو لا يرفع الحدث عن العضو إلا بتمام الوضوء.

ومن فروع القاعدة الخلاف في إجزاء تفريق النية على الأعضاء، فعلى أن الحدث يرتفع عن كل عضو بغسله يجزئ تفريق النية على الأعضاء، وهو قول ابن القاسم، واستظهره ابن رشد، وعلى العكس لا يجزئ، وهو ظاهر المذهب، بل قال ابن بزيزة إنه المنصوص ونسبه ابن رشد لسحنون. وصورة تفريق النية على الأعضاء أن يغسل المتوضئ وجهه بنية رفع الحدث عنه ولا نية له في إتمام وضوئه، ثم يبدو له فيغسل يديه.. وهكذا إلى آخر وضوئه، وأما من غسل وجهه بنية رفع الحدث عنه ونية إتمام وضوئه على الفور معتقدا أنه لا يرفع عنه الحدث إلا بكمال وضوئه فليس من هذا الباب.

ومن فروعها أيضا الخلاف في جواز المسح على الخفين لمن لبس أحدهما قبل غسل رجله الأخرى، فعلى أن الحدث يرتفع عن كل عضو بغسله يجوز المسح عليه بتلك الطهارة، وهو قول أصبغ، وعلى أن الحدث لا يرفع إلا بتمام الوضوء لا يجوز له المسح عليهما بها وهو المشهور، وإياه اعتمد خليل في مختصره.

ومن فروعها الخلاف في احتياج من مس ذكره في أثناء غسله إلى تجديد النية عند غسل أعضاء وضوئه، فعلى أن الحدث يرتفع عن كل عضو بغسله يحتاج للنية وهو لابن أبي زيد في الرسالة، وعلى أن الحدث لا يرتفع إلا بتمام الطهارة لا يحتاج لتجديد النية عند غسل أعضاء وضوئه، وهو للشيخ أبي الحسن القابسي. قال في المدونة: من مس ذكره في غسله من جنابة أعاد وضوءه إذا فرغ من غسله أعاد الوضوء إلا أن يمر بيديه على مواضع الوضوء في غسله. قال ابن الحاجب: وظاهرها للقابسي يعني لكونه لم يذكر النية ولو كانت شرطا لذكرها.

وبالمحـلِّ رخـصةٌ مقـصورَهْ فـي القولـةِ الـصّحيحةِ المـشْهورهْ

يعني أن الرخصة مقصورة على محلها لا تتعداه إلى غيره على القول المشهور الصحيح عند الفقهاء، وقيل يجوز أن تتعدى محلها.

ومن فروع هذه القاعدة الخلاف في جواز الصلاة بثوب ذي السلس وذي القروح للصحيح وإمامتهما له، فعلى أن الرخصة مقصورة على محلها لا تتعداه لا تجوز الصلاة بثوب من ذكر للصحيح ولا تجوز إمامتهما له، وعلى الثاني تجوز الصلاة له بثوبيهما و لا تجوز إمامتهما له أي مع الكراهة، والمشهور عدم جواز صلاة الصحيح بثوبي ذي السلس والقروح، وأن الرخصة خاصة بهما، والمشهور في الإمامة جواز الائتمام بهما للصحيح مع الكراهة.

قال تقي الدين بن دقيق العيد: وبيانه من الحديث أنه ﷺ أعطى حكم الفراش، فألحق النسب بصاحبه ولم يمحضه، فأمر سودة بالاحتجاب منه، وأعطى حكم الشبه فأمرها بالاحتجاب ولم يمحضه، فألحق الولد بصاحب الفراش؛ لكن اعترض أخذ القاعدة: من الحديث بأن الأمر بالاحتجاب إنما هو ندب واحتياط وإرشاد لا واجب.

وشرطُ رعْي الخلْفِ أنْ لا يَلزما خرْقاً للاجماعِ وإلا حَرُما

يعني أنه يشترط في جواز مراعاة الخلاف أن لا يلزم عليها خرقا الإجماع، وإلا يلزم عليها خرقا حرما أي فإن رعي الخلاف حينئذ يحرم إجماعا، وذلك كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بدانق مقلدا في نفي شرط الولي أبا حنيفة، وفي نفي شرط الشهادة لمالك، وفي الدانق للشافعي، فإن هذا النكاح يجب فسخه أبدا اتفاقا، ولا يراعى فيه خلاف؛ لأن هذه الصورة لم يقل بها أحد.

وشرطُه أن لا يكونَ تركا مذهبَه إذا إليه سلَكا

يعني أنه يشترط في رعي الخلاف عند القائل به أيضا أن لا يترك المراعي له إذا سلك إليه مذهبه بالكلية.

قال في التوضيح ما نصه: اعلم أن ابن رشد وغيره ذكروا عن بعض القرويين أن ابن القاسم وإن قال بمراعاة الخلاف فإنه لا يطرد عنده، حتى يفسخ نكاحا صحيحا على مذهبه بمراعاة مذهب غيره. مثاله أن يتزوج شخص مثلا تزوجا فاسدا على مذهبه، ثم يطلق فيه ثلاثا، فابن القاسم يلزمه الطلاق ولا يتزوجها إلا بعد زوج، فإن تزوجها قبل زوج لم يفسخ نكاحه؛ لأن التفريق حينئذ إنما كان لاعتقاد فسخ النكاح، وهو عنده صحيح، وعند المخالف فاسد ولا يمكن للإنسان ترك مذهبه بالكلية لمراعاة مذهب غيره.. يريد أن منعه من تزوجها أولا؛ إنما كان مراعاة للخلاف، وفسخ النكاح ثانيا لو قيل به لكان مراعاة للخلاف أيضا فلو روعي الخلاف في الحالين لكان تركا للمذهب بالكلية، وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به أن لا يترك المذهب بالكلية.

وهل يُراعى كلُّ خُلفٍ قد رُوي أو لا وإنما يُراعى ما قَوي

يعني أنه اختلف -على القول بمراعاة الخلاف- هل يراعى كل خلاف مروي.. ضعيفا كان أو قويا؟، أو المراعى هو المشهور فقط؟، وعلى القول بمراعاة الشاذ هل المراعى بشذوذ القائلين؟، أو شذوذ الدليل؟، وهل المراعى في الخلاف كل خلاف؟، أو المراعى الخلاف المذهبي؟، وهل يراعى الخلاف ابتداء؟، أو بعد الوقوع؟.

هل التعدي إنْ يكن بالسبب كمثلِ كونِه على المسبِّبِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في التعدي على السبب هل هو كالتعدي على المسبب؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم قيمة لبن البقرة لمن قتل عجلها مع قيمة العجل إذا امتنعت من الحلاب لذلك، فعلى أن التعدي على السبب كالتعدي على المسبب يغرم قيمة اللبن مع قيمة العجل، وبه قال أبو الحسن الصغير، ونقله عنه الحطاب عند قول المصنف -في التكلم على الجزاء في الحج-: وقوم لربه لذلك معه. ونقله عنه ابن ناجي في شرحه للمدونة آخر كتاب الضحايا. وعلى أن التعدي على السبب ليس كالتعدي على المسبب لا تلزمه قيمة اللبن مع قيمة العجل، .ولم أقف على هذا القول لأحد، ولكن القاعدة تقتضيه.

والخلْفُ هل خطابُ ربِّنا أتى للكافرينَ بالفروعِ أُثبِتا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في خطاب الله تعلى بفروع الشريعة هل هو متعلق بالكافر؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز وطء المسلم لزوجته الكتابية إذا قدم من سفره في رمضان نهارا، فعلى أنهم مخاطبون بفروع الشريعة لا يجوز له وطؤها، وعلى أنهم غير مخاطبين بها يجوز له وطؤها، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في إجبار المسلم لزوجته الكتابية على الغسل من الحيض والنفاس والجنابة، فعلى أنهم مخاطبون بفروع الشريعة يجبرها على الغسل من ذلك كله، وعلى أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة لا يجبرها على الغسل من الثلاثة، والقولان حكاهما ابن عرفة وخليل في التوضيح، وحكى ثالثا يفرق بين الحيض فيجبرها على الغسل منه، والجنابة فلا يجبرها على الغسل منها، وهو مذهب المدونة، قال فيها في باب الغسل من الجنابة: ويجبر المسلم امرأته النصرانية على الطهر من الحيض؛ إذ ليس له وطؤها كذلك حتى تطهر، ولا يجبرها في الجنابة؛ لجواز وطئها كذلك.

قال الحطاب: وحكم النفاس حكم الحيض كما صرح به الشيخ زروق في الإرشاد، وهو ظاهر. ونقل الحطاب أيضا عن القاضي عبد الوهاب: أنه قال لا خلاف بين أصحابنا أنه ليس له جبرها على الغسل من الجنابة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز كراء الدابة من الكافر ليركبها في عيده، وبيع جزوره منه ليذبحها لذلك، وبيع ثوب منه ليتجمل به لذلك، والمسلم البائع له عالم بهذا كله، فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة لا يجوز له كراء الدابة، ولا بيع الشاة، أو الثوب له ذلك؛ لأن فيه إعانة لهم على معصيتهم، وعلى أنهم غير مخاطبين بها يجوز له ما ذكر، والمشهور الكراهة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الإحداد للكتابية المتوفى عنها المسلم، فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة يلزمها الإحداد، وهو المشهور ومذهب المدونة وعلى أنهم غير مخاطبين بها لا يلزمها، وبه قال ابن نافع وأشهب وابن كنانة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم طلاق الكافر.. فعلى أنه مخاطب بفروع الشريعة يلزمه، وعلى أنه غير مخاطب بها لا يلزمه وهو المشهور، واختلف إذا طلقها ثلاثا وتحاكموا إلينا على أربعة أقوال: فقيل تلزمه الثلاث مطلقا وهو لابن شبلون، وعليه فلا تحل له إذا أسلما إلا بمحلل. وقيل إنما تلزمه الثلاث إذا كان طلاقه لها صحيحا في الإسلام وهو لابن أبي زيد. وقيل يلزمه الفراق مجملا من غير تعرض لطلاقه ولا لعدمه وهو للقابسي، وعليه فتحل له إذا أسلم وأسلمت بلا محلل. وقيل لا يلزمه شيء وهو لابن أخي هشام. قال عياض وهو الأشهر.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان المسلم إذا أتلف للذمي خمرا أو خنْزيرا.. فعلى أن الذمي مخاطب بفروع الشريعة لا ضمان على من أتلف له خمرا أو خنْزيرا، وعلى أنه غير مخاطب بها يضمن من أتلف له ما ذكر. الأول رواية مطرف عن مالك، والثاني رواية ابن القاسم عنه، قال سحنون ويقومها حديث عهد بالإسلام، وقال ابن المواز يقومها المسلمون، ولا يخفى عليهم قيمته. قال المنجور: قال خليل: والأظهر: أن المسلم يضمن لهم الخمر، وإن قلنا أنهم مخاطبون؛ لأنهم أقروا على التمكين منه.

ومن فروعها: الخلاف في حلية الكتابية المبتوتة من المسلم بوطء الكافر الذي تزوجها بعد المسلم، فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة لا تحل له بوطء الكافر، وهو المشهور، وعلى أنهم غير مخاطبين بها تحل له به، وبه قال أشهب، وفصّل يحيى فقال: إن مات الكافر وهي تحته حلت للمسلم، وإن طلقها لم تحل له.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم العتق للكافر بالمثلة لعبده، فعلى أنه مخاطب بفروع الشريعة يعتق عليه بالمثلة وهو قول أشهب، واختاره ابن حبيب واللخمي؛ لأنه من التظالم

بينهم الذي يجب رفعه، وعلى أنه غير مخاطب به لا يعتق عليه عبده بالمثلة، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم واختاره أصبغ. وأما لو مثل بالعبد بعد إسلام العبد فإنه يعتق عليه؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في اعتداد الكتابية المتوفى عنها المسلم، فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة تعتد بأربعة أشهر وعشر، وهو المشهور، وعلى أنهم غير مخاطبين بها تعتد بالأقراء، وهذا القول رواه ابن الجلاب وابن شأس.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم النذر للكافر إذا نذره في حال كفره إذا أسلم، فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة يلزمه الوفاء به إذا أسلم، وهو للمغيرة، وعلى أنهم غير مخاطبين بها لا يلزمه، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في فساد أنكحة الكفار.. فعلى أنهم مخاطبون بفروع الشريعة تكون أنكحتهم فاسدة، وهو المشهور، وعلى أنهم غير مخاطبين بها تكون صحيحة، قال ابن بشير: وحكاه صاحب الاستلحاق عن بعض مذاكريه.

ومن فروعها: الخلاف في فساد نكاح كافر عقد على أم وابنتها ثم أسلم ولم يصبهما، فعلى أنه مخاطب بفروع الشريعة في حال كفره لا يفسد نكاحه إياهما، بل له أن يختار أيتهما شاء؛ لأن العقد فاسد، والفاسد لا أثر له، فلا يحرم الأم العقد على ابنتها، وهذا هو المشهور، وعلى أنه غير مخاطب بفروع الشريعة لا يجوز له أن يختار واحدة منهما مطلقا، بل يفارقهما، وقيل إنما ذلك إذا كانا في عقد واحد، وإلا أمسك الأولى، وقيل يجوز له أن يختار البنت بعقد جديد دون الأم؛ لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات، وليس له أن يختار الأم؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، وقيل له أن يمسك البنت بلا تجديد عقد، وهذه الأقوال مروية عن أشهب، الأول مروي عنه في المدونة، والثاني حمله عليه عياض. والثالث والرابع حكاهما ابن الحاجب، ونسبهما إليه صاحب التوضيح.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم شيء للمرأة الكافرة إذا تزوجها الكافر بخمر وقبضته ثم أسلم قبل أن يدخل، فعلى أنه مخاطب بفروع الشريعة حال كفره لا يلزمه لها شيء، قال المقري: المشهور أن لها شيئا بناء على الخطاب، فقيل صداق المثل، وقيل قيمة الخمر، وقيل ربع دينار، وعلى أنه غير مخاطب بفروع الشريعة في حال كفره لا يلزمه لها شيء.

ومن فروعها: الخلاف في اعتبار مقدار التطهير لمن أسلم في بقية من الوقت.. فعلى أنه مخاطب بالفروع في حال الكفر لا يعتبر له مقدار التطهير بل تجب عليه الصلاة إذا أسلم في مقدار ما يسع ركعة واحدة، وعلى أنه غير مخاطب بالفروع في حال كفره يعتبر له مقدار التطهير فلا تجب عليه الصلاة إلا إذا أسلم في مقدار ما يتطهر فيه ويدرك ركعة من الوقت؛ وإلا سقطت عنه، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في كون الإسلام شرط وجوب وشرط صحة معا في الوضوء والصلاة، أو شرط صحة فقط فيهما.. فعلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة يكون الإسلام شرط صحة فقط في الطهارة والصلاة، وهو المشهور، وعلى أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة يكون الإسلام شرط وجوب وصحة معا في الطهارة والصلاة.

تنبيهات

الأول: قال ابن العربي: لا خلاف في مذهب مالك أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، وقد بين الله ذلك في قوله: ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾ فإن كان ذلك خبرا عما نزل على نبينا ﷺ في القرآن وأنهم داخلون في الخطاب.. فبها ونعمت، وإن كان خبرا عما نزل على موسى عليه السلام في التوراة وأنهم بدلوا وحرفوا وعصوا وخالفوا فهل تجوز لنا معاملتهم وهو أفسدوا أموالهم في دينهم؟، أو لا؟، والصحيح جواز معاملتهم مع رباهم واقتحام ما حرم الله سبحانه عليهم؛ لقيام الدليل على ذلك قرآنا وسنة.. قال تعلى: ﴿وطعام الذين أو توا الكتاب حل لكم﴾ وقد عامل ﷺ اليهود؛ لأنه مات ودرعه مرهون ليهودي في شعير أخذه لعياله، والحاسم لذلك الشك والخلاف: اتفاق الأمة على جواز التجارة مع أهل الحرب، وقد

سافر ﷺ تلجرا إلى الشام وذلك دليل قاطع على جواز السفر إليهم والتجارة معهم، فإن قيل كان ذلك قبل النبوة، قلنا إنه لم يتدين قبل النبوة بحرام.. ثبت ذلك تواترا.

الثاني: قال المقري: قيل فائدة خطابهم بالفروع تضعيف العقاب عليهم بعدم الامتثال في الفروع لقوله تعلى: ﴿ما سلككم في سقر قالوا لم نكن من المصلين﴾ الآية.

الثالث: فصل بعضهم في الخطاب فقال إنهم مخاطبون بمقتضى الكف والترك؛ لأن الكف لا يفتقر إلى القصد، وغير مخاطبين بالإتيان والفعل لاحتياجه إلى نية التقرب إلى الله وهي متعذرة منهم. قاله المقري أيضا.

الرابع: قال الحطاب -في مسألة جبر الذمية التي تحت المسلم على الغسل من الحيض والنفاس-: استشكل جبرها على الغسل بأنه لا يصح منها إلا بنية، وهي لا تصح منها، وأحاب القرافي بأن الغسل من الحيض فيه لله خطابان: خطاب وضع من جهة أنه شرط في إباحة الوطء، وخطاب تكليف من حيث أنه عبادة، وعدم النية يقدح في الثاني دون الأول وهو ظاهر، وقال إنما تشترط النية في صحة الغسل للصلاة لا الوطء؛ لأن الزوج متعبد بذلك فيها، وما كان كذلك يفعله المتعبد في غيره لم يفتقر إلى نية كغسل الميت. انتهى والله أعلم.

فصل في النكاح وما يتعلق به من طلاق وغيره:

هل النكاحُ من قَبيلِ القُوتِ أوْ   من التفكُّهاتِ فأقفُ ما قفوْا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في النكاح هل هو من قبيل الأقوات؟، أو من قبيل التفكهات؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في وجوب إعفاف الأب بزوجة واحدة على ابنه، فعلى أنه من قبيل الأقوات يلزمه إعفافه بزوجة واحدة، وهو لأشهب، واختاره ابن الهندي، وعليه اقتصر ابن الحاجب. قال في التوضيح: قيل وهو المشهور، وإياه اعتمد خليل في المختصر، وعلى أنه من قبيل التفكهات لا يجب على الابن إعفاف أبيه بزوجة، وهو مروي عن مالك وابن القاسم، وبه قال المغيرة وابن عبد الحكم. وروى ابن نافع وأشهب: أن الأب إن كان

رجلا نكاحا يأتي امرأة لها شأن لا يجب على ابنه ذلك. وقال اللخمي: إن كان محتاجا إلى النساء زوجه، وإن لم يكن محتاجا إليهن ويخدم نفسه لم يكن عليه تزويجه، وإن لم يكن قادرا على خدمة نفسه، وكان مثله لا يتكلف ذلك كان تزويجه إياه حسنا. وقال ابن رشد: إذا تحققت حاجة الأب إلى النكاح، فلا ينبغي أن يختلف في وجوب ذلك على الابن، فالاختلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى النكاح. وأما الأم فلا يجب على الابن إنكاحها لما يلحقه من العار في ذلك.

ومن فروعها: الخلاف في إجبار السيد على تزويج عبده أو مكاتبه إذا احتاجا للنكاح، فعلى أن النكاح من قبيل الأقوات يجبر على تزويجهما، وبه قال بعض الشيوخ إذا اشتد الضرر بهما إذ ذاك ضرر في الدين، قال في التوضيح: والظاهر أنه يؤمر بالتزويج أو بالبيع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر و لا ضرار». وعلى أن النكاح من قبيل التفكهات لا يجبر السيد على إنكاح عبده ومكاتبه، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في دخول الزوجة في "العيش" في قول من قال: كل ما أعيش فيه حرام، فعلى أن النكاح من قبيل الأقوات تدخل الزوجة في العيش فتحرم عليه، وهذا القول حكاه عبد الحق.. قال: وأظنه في السلمانية. وعلى أن النكاح من قبيل التفكهات لا تدخل الزوجة في العيش، ولا تحرم على القائل: كل ما أعيش فيه حرام وهو المشهور، وبه قال محمد. قال القلشاني الأولى أن الزوجة ليست بعيش. قال اللخمي: فلا تدخل الزوجة في العيش بمجرد اللفظ إلا إن ينويها فيلزمه تحريمه.

والخُلفُ فيه هلْ منَ البيعِ يُعدْ أو الكِرامِ والعبادةِ ورَدْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في النكاح هل يعد من قبيل البيع أي المعاوضات؛ لأن الصداق فيه بمنْزلة الثمن، والتمتع بالمرأة بمنْزلة المثمن؟، أو يعد من قبيل المكارمة والعبادة؛ لأنه مندوب أو واجب، وإنما شرع فيه الصداق على سبيل المكارمة؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز الجهل والغرر في الصداق.. فعلى أن النكاح من قبيل المعاوضة يمنع في الصداق الجهل والغرر مطلقا -أي يسيرا كان أو كثيرا- وبه قال أبو حنيفة، وعلى أنه من قبيل المكارمة والعبادة يجوز فيه الجهل والغرر مطلقا -أي يسيرا كان أو كثيرا- وبه قال الشافعي كما في بداية المجتهد لابن رشد الحفيد.

والحقُّ فيه أنّه قد احتَوى		على كِلا الشائبتيْن وانطَوى

يعني أن الحق في النكاح -أي الأصح من الخلاف فيه- أنه قد احتوى أي تضمن وانطوى أي اشتمل على كلا الشائبتين أي شائبة المعاوضة من جهة وشائبة العبادة والمكارمة من جهة أخرى، أما شائبة المعاوضة فمن جهة أن الزوج يملك على الزوجة منافعها على الدوام، بخلاف العبادة والمكارمة فلا يملك العابد والمكرم -بالكسر- فيهما شيئا من منافع المكرم بالفتح، ومن وقعت معه العبادة، وأما شائبة العبادة والمكارمة فمن جهة أنه لا يجوز النكاح بالتراضي على إسقاط الصداق، بخلاف المعاوضة فيجوز فيها التراضي على إسقاط الثمن، ولذا نظر مالك الشائبتين، فالمشهور في مذهبه جواز الغرر اليسير في الصداق دون الكثير.

تُبعّضُ الدعوى لدى ابنِ القاسمِ		والقولُ بالعكسِ لأشهبَ نُمي

يعني أن الدعوى إذا اشتملت على ما يضر صاحبها وما ينفعه.. تبعّضُ عند ابن القاسم، فيكون مقرا فيما يضره أي يلزمه ذلك، ويكون مدعيا فيما ينفعه، فلا يصدق إلا ببينة، وعند أشهب العكس أي أنها لا تبعض بل يؤخذ صاحبها بجملتها، فيلزمه الإقرار بما يضره، ويصدق بيمين فيما ينفعه.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في تصديق من قال عتقت عبدي على مال وأنكر العبد المال، فعلى مذهب ابن القاسم يلزم السيد العتق ولا يصدق في كونه على مال، بل يصدق العبد في أنه بغير مال بيمين، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وعلى مذهب أشهب يصدق السيد في كون العتق بمال.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الخلع للمرأة إذا قال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة ذلك، فعلى أن الدعوى تبعض يلزم الزوج الطلاق ولا يصدق في الخلع، بل تصدق المرأة في نفي الخلع بيمين، وهذا القول رواية ابن القاسم عن مالك، وبه قال ابن رشد، وهو المشهور، وعلى أن الدعوى لا تتبعض يصدق الزوج في الخلع بيمين. قال في التوضيح: وقال عبد الملك القول قوله وتعود زوجة بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكره، وتحلف هي أنه كان طلقها بغير عوض. اللخمي: والأول أحسن؛ لأن الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه. قال أصبغ: إن أقر بالخلع ونسق اقراره بقوله إنما أردت أن لا يتم حتى تعطي فالقول قوله، وإلا فلا قول له.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الطلاق لمن قال لزوجته طلقتك وأنا صبي أو مجنون نسقا، وقد كانت في عصمته وهو صبي أو هو مجنون، فعلى أن الدعوى تبعض يلزمه الطلاق، ويعد قوله وأنا صبي أو مجنون ندما، وعلى أنها لا تتبعض لا يلزمه الطلاق وهو المشهور. وأما إذا لم تكن في عصمته في حال صباه ولم يعلم تقدم جنون له أو لم يقل ذلك نسقا فإنه يلزمه الطلاق.

ومن فروعها: الخلاف في تصديق الرجل والمرأة البلديين إذا وجدا خاليين في بيت وأقرا بالوطء وقالا نحن زوجان ولم يأتيا ببينة، فعلى أن الدعوى تبعض لا يصدقان في دعوى الزوجية ويحدان، وهو المشهور، وعلى أن الدعوى لا تتبعض وإنما يؤخذ بجملتها يصدقان في دعوى الزوجية ولا يحدان، وهو قول عبد الملك. وأما الطارئان فلا يحدان اتفاقا ما لم يقرا بعدم الإشهاد وإلا فيحدان ما لم يحصل فشو.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الألْف لمن قال لشخص: أقررت لك بألف وأنا صبي أو مجنون نسقا.. فعلى أن الدعوى تبعض تلزمه الألف، ويعد قوله: وأنا صبي أو مجنون ندما، وعلى أنها لا تتبعض وإنما يؤخذ بجملتها لا يلزمه شيء، وهو المشهور، والقولان نقلهما المواق عن ابن رشد.

ومن فروعها: أيضا الخلاف في لزوم الألف لمن قال لشخص لك علي ألف من ثمن خمر أو خنْزير أو ميتة أو حر أو من ثمن عبد ولم أقبضه وأنكر المقرُّ له كون الألف من ثمن ما ذكر المقِر، فعلى أن الدعوى تبعض تلزمه الألف ويعد قوله من ثمن خمر.. الخ ندما، ويصدق المقر له في نفي ذلك بيمين، وهذا القول هو المشهور، وعلى أن الدعوى لا تبعض وإنما يؤخذ بجملتها لا تلزم المقر الألف، بل يصدق في كونها من ثمن ما ذكر، ويصدق في عدم قبض العبد، وهذا القول مخرج لابن عبد السلام في مسألة دعوى المقر إن صح الألف من ثمن ما لا يصح بيعه ومنصوص في مسألة دعواه أن الألف من ثمن عبد لم يقبضه. نقله ابن شأس.

ومن فروعها: الخلاف في قبول قول من قال غصبت هذا الخاتم وفصه لي، أو هذه الجبة وبطانتها لي إذا قال ذلك نسقا. فعلى أن الدعوى تبعض لا يقبل قوله في الفص والبطانة بل يكونا للمقر له بيمين، وبه قال ابن عبد الحكم، ولو قال لا علم لي.. يحلف ما يعلم بذلك وكان له الفص أو البطانة، وعلى أن الدعوى لا تبعض يقبل قول المقر لي الفص والخاتم، وبه قال أشهب، وقال ابن سحنون وهو الراجح. وأما لو قال عندي جبة لفلان بطانتها لي، أو خاتم لفلان وفصه لي من غير ذكر "غصبا" فإن الفص والبطانة يكونان له اتفاقا إذا قال ذلك نسقا.

وبتّةٌ تَقبلُ أنْ تُبعّضاَ وقيلَ لا وبعضُهمْ ذاكَ ارتَضى

يعني أن البتة تقبل التبعيض عند بعض الفقهاء، وقيل لا تقبله، وبعض الفقهاء ارتضى ذلك أي القول الأول.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة الاستثناء منها نحو أنت طالق البتة إلا اثنتين، فعلى أنها تقبل التبعيض يصح الاستثناء منها فتلزمه طلقة واحدة، وهو قول أشهب وسحنون، وعلى أنها لا تقبل التبعيض لا يصح الاستثناء منها وتلزمه الثلاث، وهو لسحنون أيضا، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم طلقة واحدة فيما إذا اختلف الحكمان بأن أوقع أحدهما طلقة، وأوقع الآخر البتة، فعلى أن البتة تقبل التبعيض تلزمه طلقة واحدة، وهو المشهور لاجتماعها عليها، وعلى أن البتة لا تقبل التبعيض لا يلزمه شيء.

الطـولُ فـي الآيـةِ قيـلَ المـالُ　　وقيـلَ حُـرّةٌ إذا تُنـالُ

يعني أن الطول في الآية أي في قوله تعلى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ مختلف في تفسيره بين الفقهاء، فقيل هو المال أي قدر ما تتزوج به حرة من المال، أو تشتري به أمة، وزاد ابن حبيب: القدرة على النفقة والسكنى. وقيل هو الحرة إذا تنال أي إذا توجد تحت الرجل فيكون بها ذا طول، وإن لم يكن عنده من المال ما يتزوج به حرة أخرى.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في بر من حلف ليتزوجن على امرأته.. بنكاح الأمة إذا لم يكن عنده ما يتزوج به حرة، فعلى أن الطوْل هو المال لم يبر في يمينه بنكاح الأمة، وعلى أن الطوْل هو وجود الحرة في العصمة لا يبر به لفساده وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في جواز تزوج الأمة ومضيه لمن تحته حرة وليس عنده ما يتزوج به حرة أخرى، فعلى أن الطوْل هو المال يجوز له تزويج الأمة على الحرة ويمضي ذلك، وهو المشهور، وعلى أن الطوْل وجود الحرة في العصمة لا يجوز له تزوج الأمة على الحرة ولا يمضي إن وقع، بل يفسخ.

قال في التوضيح: إذا تزوج الحر الأمة على الحرة وأمضى على المشهور، ففيها تخير في نفسها و لا تقضي إلا بواحدة بخلاف المعتقة تحت العبد، وقيل كالمعتقة تحت العبد، وقال ابن الملجشون تخير في نكاح الأمة.

وهـلْ بعقـدٍ يَتقـرّرُ الـصداقْ　　أو نـصفُه أو لا لمـنْ لهـا يُـساقُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الصداق هل يتقرر بمجرد العقد جميعه لمن يساق لها أي الزوجة؟، أو يتقرر لها بالعقد نصفه ونصفه الآخر لا يتقرر لها إلا بالدخول؟، أو لا يتقرر لها منه شيء بالعقد وإنما يتقرر لها بالدخول؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيما إذا استحق الزوج نصف ماشية بعينها بالطلاق.. هل يزكيه مع الزوجة على حكم الخليط بناء على أن المرأة تملك بالعقد النصف فقط؟، أو هو فائدة يستقبل بها بناء على أنها تملك بالعقد جميع الصداق؟.

ومن فروعها: الخلاف في حدِّ الزوج إذا وطئ أمة الصداق قبل البناء، فعلى أن الزوجة تملك بالعقد عليها جميع الصداق يحد، وعلى أنها لا تملك به إلا النصف، أو لا تملك به شيئا لا يحد وهو الصواب وهو ظاهر مختصر خليل حيث قال: الزنى وطء مكلف فرج آدمية لا ملك له فيه باتفاق.

ومن فروعها: الخلاف في غلة الصداق الحاصلة قبل البناء لمن هي؟ فعلى أن الزوجة تملك جميع الصداق تكون الغلة كلها لها إذا طلقت فبل البناء فلا ترد منها شيئا مع النصف، وعلى أنها لا تملك بالعقد إلا النصف تكون الغلة بينهما مع الزوج فترد له نصفها مع نصف الصداق وهو المشهور، وعلى أنها لا تملك بالعقد شيئا تكون الغلة كلها للزوج فتردها كلها إليه مع النصف، وشهر أيضا.

ومنها الخلاف في نقصان الصداق قبل البناء على من هو؟ إذا حصل طلاق قبل البناء، فعلى أن الزوجة تملك بالعقد جميع الصداق يكون النقصان كله عليها، وترد للزوج نصف الصداق كاملا، وعلى أنها تملك بالعقد النصف فقط يكون نقصان الصداق الحاصل قبل البناء بينها مع الزوج، وهو المشهور، وعلى أنها لا تملك بالعقد شيئا يكون النقصان الحاصل قبل البناء كله على الزوج.

ومن فروعها: الخلاف في قطع الزوج إذا سرق من الصداق قبل البناء.. فعلى أن الزوجة تملك جميع الصداق بالعقد يقطع، وعلى أنها لا تملك إلا النصف أو لا تملك شيئا لا يقطع.

قلت: والصواب عدم القطع لما له من الشبهة فيه والحدود تدرأ بالشبهات.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان المرأة للصداق المغيب عليه إذا قامت البينة بعد الطلاق على تلفه، فعلى أنها تملك بالعقد جميع الصداق تضمنه، فتغرم للزوج نصفه، وعلى أنها لا تملك إلا النصف، أو لا تملك شيئا لا تضمنه و لا تغرم شيئا، والقولان لأشهب وابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم غرم النصف لشهود الطلاق قبل البناء إذا رجعوا عن شهادتهم، فعلى أن المرأة تملك بالعقد جميع الصداق يغرمون لها النصف؛ لأنهم أتلفوه عليها بشهادتهم، وعلى أنها لا تملك بالعقد إلا النصف، أو لا تملك شيئا لا يغرمون لها شيئا، والمشهور الأول، والثاني قول أشهب وابن عبد الحكم.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من انفق منهما على الثمرة والعبد الكائن صداقا قبل البناء إذا حصل الطلاق قبله، فعلى أن المرأة تملك بالعقد جميع الصداق لا ترجع بما أنفقت على الزوج إذا كانت هي المنفقة على الثمرة والعبد؛ لأنهما ملكَها حين الإنفاق، ويرجع الزوج عليها إذا كان هو المنفق؛ لأنه أنفق على مال غيره، وعلى أنها لا تملك بالعقد إلا النصف ترجع بنصف النفقة إذا كانت هي المنفقة، ويرجع الزوج عليها بنصفها إذا كان هو المنفق، وعلى أنها لا تملك بالعقد شيئا ترجع عليه بجميع النفقة إذا كانت هي المنفقة؛ لأنها أنفقت على ماله، ولا يرجع هو عليها بشيء إذا كان هو المنفق لأنه أنفق على ماله.

قال في التوضيح: والقول بأنها لا ترجع بنفقة الثمرة، وبما أنفقت على العبد لابن المواز وعبد الملك، وقضى مع ذلك على أنها ترد نصف الغلة اللخمي، ولا وجه له، والقول بأنها ترجع بنفقة العبد هو المشهور.

تنبيه: قال السجلماسي: قال في إيضاح المسالك: لا خلاف أن على المرأة قبل البناء زكاة فطر رقيق الصداق وزكاة الشجر والمعين من الماشية وإن لم تقبضه وزكاة العين إن قبضته؛ لأن ضمان هذه الأشياء إن هلكت قبل البناء منها، وله الدخول بها بغير شيء إذا هلك

الصداق قبل البناء.. سواء كان بيدها أو بيده ولها البيع والهبة والصدقة والاعتاق ما لم يزد على ثلث مالها، والمنصوص أن لا شيء لها بالفسخ قبل البناء.

وقال أيضا: لا خلاف أن الضمان من الزوجة فيما لا يغاب عليه إن كان بيد الزوج، وفي كون ضمانه منها أو منهما إن كان بيدها قولان، وفي ضمان ما يغاب عليه إن قامت البينة على تلفه قولان لأشهب وابن القاسم.. بناء على أن الضمان للتهمة أو للأصالة، واختلف ابن القاسم وعبد الملك في الرجوع عليها بالغلة بعد الطلاق خاصة، فابن القاسم يوجبه بناء على أنه رجع بعد أن ملكته.

قلت: وفي هذا الكلام خلل وأظنه من الناسخ؛ لأن القياس أن يبنى القول بالرجوع عليها بالغلة على أنه رجع قبل أن تملكه، ويبنى القول بعدم الرجوع عليها بالغلة على أنه رجع إلى الزوج بالطلاق قبل البناء بعد أن ملكته. والله الموفق للصواب.

وهَل يُعدُّ مالكاً ذو الرِّقِ أو لا خلافٌ بين أهلِ الحقّ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الرقيق هل يعد مالكا؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في وجوب الزكاة على العبد في ماله، فعلى أنه يعد مالكا تجب عليه الزكاة في ماله، وبه قال أبو ثور، وقال ابن كنانة يزكي على ملك سيده، وعلى أنه لا يعد مالكا لا تجب عليه الزكاة في ماله ولا تجب على سيده فيه، وهو المشهور، ومذهب مالك في المدونة. قال ابن هارون: واستشكل قول مالك من ثلاثة أوجه: أحدها أن هذا المال إما أن يكون ملكا للعبد أو السيد، وأيا ما كان فتلزم زكاته لدخوله تحت الأمر بالزكاة. الثاني: أن العبد يتسرى، والتسري دليل الملك. الثالث: إذا أذن له السيد في الكفارة بالإطعام أو الكسوة كفّر فيجب أن يزكي إذا أذن له. وقيل يزكي عن العبد سيده، وقال ابن الماجشون أما ما يخرج من المعدن فعليه فيه الزكاة.

ومن فروعها: الخلاف في عتق عبيد عبيد من قال مماليكي أحرار، فعلى أن العبد يعد مالكا لا يعتق عليه عبيد عبيده، وهو المشهور، وعلى أنه لا يعد مالكا يعتقون عليه.

ومن فروعها: الخلاف في دخول الربا بين العبد وسيله، فعلى أنه مالك يدخل الربا بينهما، وهو المشهور، وعلى أنه لا يعد مالكا لا يدخل الربا بينهما، وهو لابن وهب. وليس هذا الخلاف خاصا بالربا، بل يجري في فسخ الدين في الدين، وضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك، وما أشبه ذلك من البيوع الفاسدة.

والاصلُ عندَ مالكٍ تقديرُ ذي وجهينِ كائنينِ فحقِّقْ واحتَذِي

يعني أن الأصل عند إمامنا مالك تقدير الواحد ذي الوجهين كائنين، فيعتبر عنه وجهاه. قاله المقري، وقيل لا يقدر كائنين.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في تولي الولي للطرفين أي الإيجاب والقبول بأن يزوج وليته من نفسه إذا أذنت له في ذلك، فعلى أن الواحد ذا الوجهين يقدر كائنين يجوز له أن يتولى الطرفين، وهو المشهور، ومذهب مالك وعامة أصحابه، وعلى أنه لا يقدر كائنين لا يجوز للولي تولي الطرفين، بل لا بد أن يوكل غيره يعقد له عليها. حكاه ابن القصار عن المغيرة وأحمد. قال الحطاب: وكذلك إذا كانت المرأة لا ولي لها، وصار الأمر إلى ولاية الإسلام، أو كانت دنية لا قدر لها.. يجوز إن توكل من يزوجها على العقد فيعقد لنفسه، وإن لم يكن من أو ليائها، ويمنع ذلك على قول المغيرة وغيره إلا أن توكل غيره يعقد لها، والأحوط أن توكل غيره فإن وكلته مضى وجاز.

ومن فروعها: الخلاف في شفعة الوصي إذا باع من المشترك بين يتاماه شقص أحدهم هل يشفع لسائرهم؟، أو لا؟، فعلى أنه يقدر كائنين يجوز له أن يشفع لسائرهم، وهو المشهور، وبه قال عبد الملك، وعلى أنه لا يقدر كائنين لا تجوز له الشفعة لهم، ولم أقف على هذا القول لأحد، وإنما ذكرته؛ لأن القاعدة تقتضيه.

ومن فروعها: الخلاف في جواز إعطاء الزكاة لمن تؤخذ منه الذي هو مالك النصاب إذا لم يكفه سنة، فعلى أن الواحد يقدر كائنين يجوز إعطاء الزكاة له ويجزئ وهو المشهور، وعلى أنه لا يقدر كائنين لا يجوز ولا تجزئ.

هل يُبطلُ الصحيحَ قصدٌ جُرِّدا أو لا إذا ما خطأُ اللفظِ بدا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الصحيح هل يبطله مجرد القصد أي النية؟، أو لا يبطله إذا بدا خطأ اللفظ؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم الطلاق لمن مرت به امرأة في الظلام ظن أنها امرأته فوضع يده عليها وقال لها أنت طالق إن وطئتك الليلة، فوطئها فإذا هي غير امرأته، فعلى أن الصحيح يبطل بالنية يلزمه طلاق زوجته؛ لأنه قصدها بالطلاق، وعلى أنه لا يبطل بالنية لا يلزمه طلاقها، والظاهر لزوم الطلاق له في الفتوى والقضاء.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم طلاق الزوجة المدعوة لمن له زوجتان اسم إحداهما حفصة، واسم الأخرى عمرة، فقال يا حفصة فأجابته عمرة فطلقها أي فقال لها أنت طالق، فعلى أن العصمة الصحيحة تبطل بالنية.. تطلق عليه المجيبة في الفتوى والقضاء، وهو المشهور، وعلى أن العصمة الصحيحة لا تبطل بمجرد النية لا تطلق عليه فيهما، وأما الصحيحة فلا تطلق عليه إلا في القضاء على الصحيح.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم عتق المدعو لمن له عبدان اسم أحدهما ناصح، واسم الآخر مرزوق، فقال يا ناصح فأجابه مرزوق، فقال أنت حر، فعلى أن الملك الصحيح يبطل بمجرد النية يعتق المدعو في الفتوى والقضاء وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، وعلى أن الملك الصحيح لا يبطل بمجرد النية لا يعتق فيهما، وأما المجيب فإنه لا يعتق عند ابن القاسم إلا في القضاء، وقال أصبغ يعتقان معا، وحكى ابن سحنون أنهما لا يعتقان، وقال أشهب يعتق المجيب في الفتوى والقضاء، ولا عتق للمدعو؛ لأن الله أحرمه العتق.

ومن فروعها: الخلاف في صحة بيع من اشترى عنبا على أن يعصره خمرا، فصرفه إلى غير الخمر، والخلاف في صحة كراء من أكرى داره ممن يبيع فيها خمرا فلم يبعه فيها حتى انقضت مدة الكراء.

قلت: أي ولم يصرحا بذلك الفعل، فعلى أن العقد الصحيح يفسد بمجرد النية يفسد البيع والكراء في المسألتين، وعلى أنه لا يفسد بمجرد النية لا يفسد البيع ولا الكراء.

قلت: والظاهر عندي أن البيع والكراء في المسألة صحيحان؛ إذ لا يفسد عقد ظاهره الصحة بقصد لم يقع.

ومن فروعها: الخلاف في صحة صلاة من عليه العصر، ودخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا هو يصلي العصر، والخلاف في صحة صوم من صام يوم الشك يظنه يوم الشك فإذا هو من رمضان، فعلى أن الصحيح يبطل بالنية تبطل صلاته وصومه، وهو المشهور، وعلى أنه لا يبطل بمجرد النية تصح صلاته وصومه.

وهل حصولُ ذي التوقُّع أتى مقدّراً حين الوقوع أو أتى
مقدَّرا حين حصولِ السببِ فيه خلافٌ بين أهلِ المذهبِ

يعني أن الفقهاء من أهل المذهب اختلفوا في الشيء المترقب إذا حصل هل يقدر حصوله حين وقوعه وكأنه فيما قبل ذلك كالعدم؟، أو يقدر حصوله حين حصل سببه الذي نشأ عنه.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في وقت تقدير العتق المحكوم به إذا تأخر الحكم عن الزمان الذي أسندت البينة إليه العتق، فعلى أن المرتقب -إذا حصل- يقدر حصوله حين وقع يقدر العتق واقعا يوم الحكم، وعلى أنه يقدر حين حصل السبب يقدر العتق واقعا في الوقت الذي أسندته البينة.

قلت: والصواب عندي أن يقدر واقعا في الوقت الذي أسندته إليه البينة؛ لأن ذلك من جملة قولها الذي وجب الحكم به.

ومن فروعها: الخلاف في إمضاء بيع الخيار هل يقدر واقعا يوم الإمضاء.. بناء على أن المترقب إذا حصل يقدر حصوله يومئذ؟، أو يقدر واقعا يوم البيع بناء على أن المرتقب إذا حصل يقدر حصوله يوم حصول سببه.

قلت: والراجح عندي أنه يقدر حصوله يوم الإمضاء؛ لقول صاحب التوضيح: المعروف من المذهب أن بيع الخيار منحل حتى يمضي، بل حكى ابن رشد الاتفاق عليه كما في السجلماسي.

ومن فروعها: الخلاف في نقض البيع بالرد بالعيب هل يقدر حاصلا يوم الرد بناء على أن المرتقب إذا حصل يقدر واقعا يوم حصوله؟، أو يقدر النقض حاصلا من يوم البيع؟.

ومن فروعها: الخلاف في انعقاد صوم التطوع بنية قبل الزوال، فعلى أن المترقب إذا حصل يقدر واقعا وقت حصول سببه.. ينعقد صوم التطوع بالنية قبل الزوال، وتنعطف النية على ما قبل وقتها من اليوم، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وعلى أن المرتقب إذا حصل يقدر واقعا حين حصوله.. لا ينعقد صوم التطوع بالنية قبل الزوال، وهو مشهور مذهب مالك.

ومن فروعها: الخلاف في كراء الأرض -التي خاصم فيها مستحق في إبان الزراعة وحكم له بها بعد الإبان-: لمن هو؟، فعلى أن المرتقب إذا حصل يقدر حصوله واقعا يوم حصول سببه يكون الكراء للمستحق، وعلى أن المرتقب يقدر حصوله حين حصل يكون الكراء للمستحق منه. قال في إيضاح المسالك: قال المازري: قد يقال إن مرافعة المستحق منه للمستحق إذا كانت بتأويل وشبهة فإنه يحسن القضاء بإسقاط حق المستحق من الكراء، وإن كانت بباطل فواضح، فإن الكراء يكون له.

قلت: وما قاله المازري حسن جدا، وهو الصواب عندي.

قال المازري: وقد حضرت مجلس الشيخ أبي الحسن اللخمي رحمه الله تعلى وقد استفتاه القاضي في امرأة دعت زوجها للدخول فأنكر النكاح فأثبتته عليه، هل لها النفقة عليه أيام الخصام؟، أو لا؟، فأفتاه بأنه يعتبر مرافعته لها في النكاح، فإن كان الزوج له فيه تأويل وشبهة فلا يطالب بالنفقة أيام الخصام، وإن رافعها بباطل واضح.. فيكون كالغاصب.. لها حقها في النفقة أيام الخصام فيقضي لها بها.

قال المازري: وهذا نحو ما أشرنا إليه في هذه المسألة.

قلت: يعني مسألة الاستحقاق المتقدمة، ويعني بكونها نحوها أنها نظيرتها في العلة؛ ولذلك خرجها عليها.

ومن فروعها: الخلاف في الإحصان بالوطء في نكاح الخيار قبل الاختيار، ثم اختار من له الخيار الإمضاء.. فعلى أن المرتقب إذا حصل يعد حاصلا من يوم حصول سببه يحصن الواطئ بذلك الوطء، وعلى أنه لا يعد حاصلا إلا حين حصوله لا يحصن به؛ لأنه فاسد.

قلت: والظاهر عندي أنه لا يحصن به لأنه فاسد.

وهذه تُدعي بذاتِ الانعطافْ عكسَ التي تُدعى بذاتِ الانكشافْ

وهذه تدعي بذات الانعطاف.. يعني أن هذه القاعدة هي التي تدعى أي تسمى عند الفقهاء بقاعدة "التقدير والانعطاف"، وهي عكس القاعدة التي تدعى عندهم بذات الانكشاف أي التي تسمى بقاعدة "الظهور والانكشاف"، ومعنى كونها عكسها: أن المترقب في هذه قد انكشف الغيب أنه وقع قبل ظهوره يقينا، بخلاف ذات الانعطاف، فإن الغيب لم ينكشف فيها عن كون المرتقب وقع قبل ظهوره، بل تقدم سببه فقط.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في طلاق من قال لزوجته أنت طالق يوم قدوم زيد، أو إذا قدم آخر النهار، وبنينا على القول بعدم تنجيزه، هل يقدر واقعا أو ل النهار؛ لأن الغيب قد انكشف أنه وقع حينئذ لتجري أحكام الطلاق من أو ل اليوم على حقائقها؟، أو لا يقدر واقعا إلا حين ظهوره فتجري أحكام الطلاق من حينئذ؟، خلاف، والمشهور الأول، وفائدة الخلاف أن المرأة إذا كانت طاهرا أول النهار، وحاضت آخره وقت وقوع المعلق عليه أنها تحسب طهرها أول النهار من الإقراء الثلاثة على القول الأول المشهور، ولا تحسبه منها على الثاني.

ومن فروعها: الخلاف في رد النفقة من المرأة التي دفعت لها لظنها حاملا ثم تبين عدم حملها.. فعلى أن الحمل يقدر معدوما عند ابتداء دفع النفقة: ترد النفقة من أول الحمل إلى وقت ظهور عدمه، وهو المشهور، وعلى أنه لا يقدر عدمه إلا عند انكشافه لا تردها.

ومن فروعها: الخلاف في رد قسمة مال المفقود بأرض الإسلام إذا اقتسم الورثة ماله ثم تبين أنه حي، وقدم بعد ما انفقوا على أنفسهم من ماله، فعلى أن المعتبر وقت ظهور الحياة فقط لا ترد القسمة، ولا يرد إليه الورثة ما أنفقوا على أنفسهم من ماله؛ لأنه حكم مضى، وعلى أن المعتبر ما انكشف عنه الغيب من كونه حيا حين اقتسام ماله ترد القسمة ويرد إليه الورثة ما أنفقوا على أنفسهم من ماله، وهو مذهب مالك.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من قال آخر امرأة أتزوجها طالق، فإنه يكف عن كل امرأة تزوجها حتى يتزوج غيرها، فيرسل عليها حينئذ؛ لانكشاف الغيب عن صحة عصمتها بأنها ليست آخر امرأة يتزوجها، فإذا مات عن امرأة لم يتزوج عليها صار ترك التزوج والموت كاشفين كونها آخر امرأة يتزوجها، وحينئذ فهل يسند الطلاق إلى حال عقد نكاحها بناء على اعتبار ما انكشف عنه الغيب؟، أو يسند إلى وقت الموت بناء على اعتبار وقت ظهور كونها آخر امرأة؟.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع الضمان فيما إذا ضمن شخص عن آخر دينا فأدى الغريم إلى غريمه عنه عرضا، وسقط الضمان عن الضامن، ثم استحق العرض من يد الغريم ولم يوجد المضمون، أو وجد عديما.. فعلى اعتبار ما كشف عنه الغيب من كون الدين لم يقض في نفس الأمر: يرجع الضمان للغريم المستحق منه على الضامن، وعلى اعتبار وقت الاستحقاق لا يرجع الضمان له عليه، وبه أفتى فضل لما نزلت بقرطبة؛ لأن الدين إنما الحق بعد انحلال الضمان، قال: ووقع الحكم بخلاف ذلك.. يعني أن القاضي حكم فيها برجوع الضمان للغريم على الضامن.

ومن فروعها: الخلاف في سقوط الضمان عن ضامن الوجه ،ذا حكم بالغرم؛ لعدم إحضاره المضمون، ثم أحضره قبل الغرم، فعلى أن المعتبر ما انكشف عنه الغيب يسقط عنه الغرم، وعلى أن المعتبر وقت إحضار المضمون لا يسقط عنه الغرم بذلك، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وبالأول قال سحنون.

ومن فروعها: الخلاف في نقض الطلاق على العبد الذي آلى، ووُقف شهرين ولم يفئ فطلق عليه، ثم أثبت أنه حر فعلى أن المعتبر ما انكشف عنه الغيب من أنه حر حين الإيلاء والإيقاف ينتقض الطلاق، وعلى أن المعتبر وقت إثبات الحرية فقط، وكأنه فيما قبل ذلك عبد لا ينقض.

قال المنجور: قال أبو عمران: الذي يظهر لي أن الطلاق ينتقض؛ لانكشاف الغيب أنه ممن أجله أربعة أشهر.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة الصانع يغرم قيمة المصنوع لدعواه الضياع، ثم يوجد.. فعلى اعتبار ما انكشف عنه الغيب يأخذ المصنوع ربه ويرد للصانع القيمة، وعلى أن المعتبر وقت وجدانه فقط: يبقى المصنوع للصانع ولا ترد له القيمة.

قال المنجور: صرح هشام عن الكافي: وغيره عن ابن وضاح أنه حكم مضى.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة تعدي المكتري أو المستعير على الدابة فتضل ويغرم قيمتها ثم توجد، فعلى اعتبار ما انكشف عنه الغيب يأخذ الدابة ربها ويرد للمكتري أو المستعير القيمة، وعلى أن المعتبر وقت الوجدان فقط.. تبقى الدابة للمتعدي، و لا يرد ربها القيمة.

قلت: والصواب عندي أن يأخذ المصنوع والدابة ربهما، ويرد القيمة في المسألتين؛ لزوال علة أخذ القيمة، والحكم يزول بزوال علته.

هل ذو السكوتِ مثلَ مَن أقرَّا ... أوْ لاَ خلافٌ بينَهمْ قد قرَّا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الساكت عن الشيء هل هو كالمقر به الآذن فيه؟، أو لا؟ أي هل السكوت عن الشيء إقرار به وإذن فيه؟، أو لا؟، قال ابن رشد في كتاب الدعوى والصلح من البيان: لا خلاف بأن السكوت ليس برضى؛ لأن الإنسان قد يسكت على الشيء مع كونه غير راض، وإنما اختلفوا في السكوت هل هو إذن؟، أو لا؟، ورجح كونه ليس بإذن؛ لقوله ﷺ في البكر: «إذنها صماتها» فدل ذلك على أن ذلك خاص بها.

قال المنجور، وقال أيضا قال ابن عبد السلام: الذي تدل عليه مسائل المذهب أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق.. فإنه يقوم مقام النطق.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في ضمان من أخذ سيفا أو قوسا أو آنية فخار ليقلبها بغير إذن مالكها وهو ساكت ينظره فسقطت من يده فانكسر السيف أو القوس أو آنية الفخار.. فعلى أن السكوت كالإذن لا ضمان عليه في ذلك، وبه قال أصبغ، وعلى أن السكوت ليس كالإذن يضمن ما ذكر، وهو قول مالك، ورواه عيسى عن ابن القاسم.. قال إلا إن يأذن له.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من غرس في أرض شخص أو بنى فيها أو غرس على مائه.. وهو حاضر ساكت، ثم أراد أن يمنعه من ذلك.. فعلى أن السكوت إذن لم يكن له منعه منه، ويجري على العارية المبهمة في الجدار والغرس في العرصة، وعلى أن السكوت ليس بإذن فله بعد أن يحلف أن سكوته ليس برضى.

تنبيه: قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد -رحمه الله تعلى-: وقد جعل أصحابنا السكوت كالإقرار في أمور:

منها: أن يقول المطلق لزوجته: قد راجعتك فتسكت، ثم تدعي من الغد أن عدتها كانت قد انقضت، فلا قول لها.

ومنها: من حاز شيئا يعرف لغيره فباعه وهو يدعيه لنفسه والآخر عالم ساكت لا ينكر بيعه ذلك.. يقطع دعواه.

ومنها: من يأتي إلى رجل بشهود، فيقول اشهدوا أن لي عنده كذا وكذا وهو ساكت فذلك يلزمه.

ومنها: مسألة الأيمان والنذر فيمن حلف لزوجته أن لا يأذن لها إلا في عيادة مريض، فخرجت لغير عيادة مريض وهو ينظر إليها لم ينهها، فإنه يحنث.

ومنها: الذي يرى حمل زوجته ولم ينكره ثم يريد أن ينفيه بعد ذلك فإنه يحد ولا يلاعن.

ومنها: مسألة كراء الدور والأراضي في الذي زرع أرض رجل بغير إذنه وهو عالم ولم ينكر ذلك، وأراد أن يمنعه بعد ذلك، فإنه لا يمكّن من ذلك.

ومنها إذا علم الأب أو الوصي أو السيد بنكاح من إلى نظرهم وسكتوا فإنه يمضي.

ومنها: إذا سكت الغرماء عن عتق الغريم وطال ذلك، أو سكتوا حتى قسم الورثة تركة الغريم، ولا مانع لهم، فإنه يبطل حقهم في العتق والتركة؛ لأن سكوتهم إذن ورضى.

هل يَرفعُ التكفيرَ الاستثناءُ أوْ يحلُّ لليمينِ فارعَ ما رعوا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الاستثناء بأن شاء الله تعلى بعد اليمين.. هل يرفع التكفير فقط واليمين منعقدة؟، أو يحل اليمين؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في انعقاد الإيلاء على من حلف لا يطأ زوجته، واستثنى أي قال إن شاء الله.. فعلى أن الاستثناء رافع للكفارة فقط: يكون مُوليا، ولا كفارة عليه إن وطئ، وبه قال ابن القاسم، وعلى أن الاستثناء حل لليمين من أصلها لا يكون موليا، وبه قال أشهب، قال اللخمي: وهو أبين؛ إذ لا فائدة في كونه موليا مع عدم لزوم الكفارة له إذا وطئ. والقول الأول هو المشهور، وفائدة كونه موليا أنه يضرب له أجل الإيلاء فإن تم ولم يفئ طلق عليه.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في حنث من حلف واستثنى، ثم حلف أنه ما حلف، فعلى أن الاستثناء رافع للكفارة فقط يحنث، وعلى أنه حل لليمين من أصلها لا حنث عليه.

قلت: الصواب عندي أنه يحنث إلا إذا نوى أنه ما حلف يمينا تكفر.

هـــل يَـــشملُ الخطـــابُ للمخاطِـــبِ ... أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ فـــي المـــذهبِ

يعني أن الفقهاء من أهل المذهب اختلفوا في الخطاب هل يشمل المخاطب بـه؟، أو لا؟، ومن فورع القاعدة: الخلاف في جواز بيع الوكيل -لنفسه أو محجوره- ما وكل على بيعـه.. فعلى أن الخطاب يشمل المخاطب يجوز لـه بيعـه لنفسه ومحجـوره، وعلـى أنـه لا يـشمل المخاطب به لا يجوز له ذلك وهو المشهور، فإن فعل خيِّر الموكل بين الـرد والإمـضاء، وقـال عبد الوهاب: إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز بيع الوصي مال يتيمه من نفسه، فعلى أن المخاطب يشمل المخاطب به: يجوز له ذلك، وعلى أنه لا يشمل لا يجوز له.

ومن فورعها الخلاف في جواز أخذ المأمور بتفريق مال على المساكين -وهو مـنهم- مـن ذلك المال، فعلى أن الخطاب يشمل المخاطب به يجوز له الأخذ منه، وعلى أنـه لا يـشمله لا يجوز له الأخذ منه.

قلت: والأصوب عندي أن الآمر إذا كان عالما بكون المأمور من المساكين لا يجوز للمـأمور الأخذ من المال المأمور بتفريقه على المساكين؛ لأنه لو كان سامحا لـه بأخـذ شـيء منـه لأمـره بأخذه، وإذا لم يكن عالما بكونه منهم فإنه يجوز له أن يأخذ منه؛ لأنه لو علم أنه مسكين لأمره أن يأخذ منه لنفسه.

ومن فورعها: الخلاف في مضي تزويج ولي المرأة لها من نفسه إذا وكلته على أن يزوجها ممن أحب، فعلى أن المخاطب يدخل تحت الخطاب يمضي تزويجه إياها لنفسه من غير توقـف على إجازتها، وعلى أنه لا يدخل تحت الخطاب لا يمضي إلا إذا أجازته وهو المشهور، والأول حكاه اللخمي عن ابن القصار.

قال في التوضيح: وإذا فرعنا على القول بالمنع أي منع الإمضاء إلا إن تشاء.. فهـل لـه أن يزوجها لمن في ولايته كابنه أجراه اللخمي على الخلاف في الوكيل على البيع فيبيـع لولـده، فرده ابن القاسم وإن لم يكن فيه محاباة، وأجازه سحنون.

هـــل الطـــواري كلُّهـــا تُعتبَـــرُ أو لا وقيـــلَ الاقـــربُ المعتَبـــرُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الطوارئ أي الأمور التي يمكن طروها هل تعتبر كلها؟، أو لا؟، يعتبر شيء منها، وقيل يعتبر الأقرب منها فقط أي دون الأبعد، وهذا القول هو الأصح.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز تزوج العبد بابنة سيده، فعلى أن الطوارئ تعتبر لا يجوز تزويجه بها لئلا يطرأ ملكها له بموت أبيها، فيفسخ نكاحه إياها، وعلى أن الطوارئ لا تعتبر يجوز تزويجه بها، والمشهور الكراهة، وعللها ابن يونس بترقب الإرث، وعللها ابن محرز بأنه ليس من مكارم الأخلاق، ويؤدي إلى التنافر؛ لأن الطباع مجبولة على الأنفة من ذلك. قاله التوضيح.

قلت: وتعليل ابن محرز هذا يقتضي كراهة تزوجها لعبد غير أبيها، وتعليل ابن يونس يقتضي كراهة تزوج الابن أمة أبيه؛ لأن الأب قد يموت فيرثها الابن فينفسخ النكاح، مع أن مالكا أجاز أن يتزوج الابن أمة أبيه، وأجاب في النكت عن هذا بأن النكاح إذا فسخ لم يبطل الوطء؛ لأن له أن يطأها بملك اليمين.. بخلاف المتزوجة بعبد أبيها إذا ورثته، فإن وطأه لها يبطل، ورد ابن محرز هذا الجواب بأن الابن قد يكون معه ورثة فلا يحل له وطؤها، فالأحسن تعليل كراهة النكاح بما يعرض له من الفسخ بالميراث، فلا فرق بين أن تصير بعد الفسخ مباحة الوطء، أو محرمته؛ لأن الفسخ حاصل.

قال في النوادر عن ابن القاسم: ومن زوج ابنته لمكاتبه، أو ابنه لمكاتبته.. فلا باس به، واستثقله مالك.. قال: فإن مات السيد فسخ النكاح والكتابة قائمة، وحكى اللخمي قولا آخر: إنه لا يفسخ لأنه إنما ورث الكتابة وهي دين، فإن عجزت فحينئذ يفسخ النكاح.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في جواز إبدال الناقص الردي بالكامل الجيد إذا كانا من سكتين، فعلى أن الطوارئ تعتبر يمنع ذلك لئلا يعرض له أن يكون أروج في بعض الأزمان والبلاد من الكامل الجيد.. فيدور الفضل من الجانبين؛ وبهذا قال مالك وربيعة.

قال في التوضيح: واستشكل لانحصار الفضل في جهة واحدة، وعلله أبو الطيب بن خلدون: بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان، فربما كان الأدنى في بلد أو زمان أنفق، فلا يتمحض الفضل من جانب واحد، وقاس المصنف -يعني ابن الحاجب- ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض، وإن كان القمح أفضل؛ لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو في بلد، وعلله القابسي بأن الأصل منع التفاضل بين الذهبين فخص الإجماع بدل الناقص بالوازن إذا كانا من سكة واحدة، وبقي ما سواه على الأصل، وعلى أن الطوارئ لا تعتبر يجوز إبدال الناقص الردي بالكامل الجيد من سكتين، وبه قال ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في جواز اجتماع البيع والصرف في صفة واحدة.. فعلى أن الطوارئ تعتبر: لا يجوز اجتماعهما في صفة واحدة؛ لئلا يطرأ على البيع الاستحقاق، فيؤدي ذلك إلى عدم المناجزة المفسد للصرف، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، فلا يجوز اجتماعهما عنده إلا في اليسير، وعلى أن الطوارئ لا تعتبر يجوز اجتماعهما في صفقة واحدة، وهو قول أشهب.

ومن فروعها: الخلاف في جواز اقتضاء المحمولة عن السمراء في القرض، فعلى أن الطوارئ تعتبر: لا يجوز اقتضاؤها عنها؛ لئلا يطرأ ارتفاع المحمولة على السمراء في وقت الزراعة فيدور الفضل من الجانبين، وعلى أن الطوارئ لا تعتبر: يجوز اقتضاؤها عنها.

هل صورٌ خاليةٌ تُعتبَرُ   في الحكمِ أو تُلغَى خلافٌ يُذكَرُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الصور الخالية هل تعتبر في الحكم؟، أو تلغى وتعد كالعدم؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز بيع الثوب المحلي بأحد النقدين إلى أجل.. فعلى أن الصور الخالية تعتبر: لا يجوز بيعه بأحد النقدين إلى أجل، وعلى أنها لا تعتبر: يجوز بيعه بأحدهما إلى أجل، وهو الراجح، والأول شهره المقري، وصاحب إيضاح المسالك نظرا إلى صورته القائمة.

فصل في البيع وما في معناه كالصلح والكراء والرهن والضمان:

حقيقةُ البيعِ هي العقدُ فقطْ والقبضُ فيها عندَ بعضٍ يُشترطْ

يعني أن حقيقة البيع المشهور فيها أنها العقد فقط، وبعض الفقهاء اشترط في حقيقة البيع القبض عن تعاوض أي لا توجد حقيقة البيع بدونه، وهذا القول أنكره المازري. قاله في إيضاح المسالك.

ومن فروع االقاعدة: الخلاف في ضمان ما في المعيار إذا تلف بعد الكيل أو الوزن وقبل مضي مقدار المناولة.. ممن هو؟، فعلى أن حقيقة البيع العقد فقط يكون ضمانه من المشتري، وعلى أن حقيقة البيع هي العقد مع القبض عن تعاوض: يكون ضمانه من البائع وهو المشهور، وأطلق ابن الحاجب الخلاف في المسألة تبعا للموازية، وابن شأس أي سواء كان متولي الكيل أو الوزن البائع أو المشتري.

قال في التوضيح: وزاد المازري قولا ثالثا.. فقال: إن كان المشتري هو المتولي للكيل بنفسه: فالضمان منه، واتبع ابن رشد وابن عبد السلام هذه الطريقة، وقال في البيان إن تولى البائع أو أجيره الكيل.. ثم سقط المكيل من يد البائع قبل أن يضعه في وعاء المشتري، فلا خلاف أن ضمانه من البائع، وإنما الخلاف إذا تولى ذلك المشتري أو أجيره، فروى يحي عن ابن القاسم أن مصيبته من البائع، ورواه أشهب عن مالك، وقال سحنون في نوازله: مصيبته من البائع.. سواء كان الكيل من البائع أو المبتاع؛ إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبتاع إلى منْزله ليس له إناء غيره، فيكون ضمان ما فيه منه إذا تلف سواء كان له، أو للبائع واستعاره منه المبتاع. قاله ابن وهب في رواية أبي جعفر عنه. انتهى من التوضيح.

ومن فورعها الخلاف فيما إذا غصب إنسان شيئا ثم باعه وقبض ثمنه ثم افتقر وقد أجاز المستحق البيع.. فعلى أن البيع العقد والقبض معا: لا يكون له على المشتري ثمن؛ لإجازته

إياه، وعلى أن البيع العقد فقط: له أن يأخذ من المبتاع الثمن ثانية؛ لأنه أجاز البيع دون القبض.

والعقدُ إن كان المبيعُ ذا عَددْ قيلَ يُعدَّدُ وقيل يَتحدْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا تعدد المبيع المعقود عليه.. هل يتعدد العقد بتعدده؟، أو يبقى متحدا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في فساد الصفقة التي جمعت حلالا وحراما بأن كان المبيع متعددا بعضه حلالا وبعضه حراما.. فعلى أن العقد يتعدد بتعدد المبيع لا تفسد الصفقة، بل يفسخ الحرام منها، ويصح الحلال، وعلى أن العقد لا يتعدد بتعدد المبيع المعقود عليه تفسد الصفقة كلها وتفسخ وهو المشهور، ومذهب المدونة. وذكر صاحب الإيضاح في المسألة تسعة أقوال ونظمها ابنه فقال:

بالعقد حلاًّ وحراماً جمعا	منه وفيه الخلف جمًّا جمعا
فسخ الحرام فسخ كل شهرا	هذا ويتبعُ الأقلُّ الأكثرا
إن علما بالفسخ فالفسخُ بدا	أولا فيفسخُ الحرام مفردَا
إن لم يصح ملكه فعمم	فسخا وإن صحّ فكالمقوم
إن سميا لكل جزء ثمنا	فالقولُ الاول وإلا ما ثنا
إن يتعددْ مالكٌ فالأولُ	أو يتحد فالانفساخ يشمل
إن كان قسط الحل بدءا يُعلم	فالمبتدا أو لا بفسخ عمموا
ما فسخه لله فالثاني وما	لحقِّ مخلوقٍ فما تقدما.

والقول الثاني هو التحقيق عند المقري، فإنه قال: والتحقيق أنه إن كان مناب الحلال معلوما صح القول بالجواز، وإلا امتنع، لأنه انعقد على غرر كما في جمع الرجلين سلعتيهما.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في جواز اجتماع البيع مع كل واحد من هذه العقود السبعة التي هي: الصرف، والجعل، والمغارسة، والقراض، والشركة، والنكاح، والإقالة من الطعام، فعلى أن العقد يتعدد بتعدد المعقود عليه: يجوز اجتماع البيع مع كل واحد من هذه العقود

السبعة، ويجوز اجتماع كل واحد منها مع الأخرى، وعلى أنه لا يتعدد بتعدد المعقود عليه لا يجوز اجتماع البيع مع كل واحد من هذه العقود، ولا يجوز اجتماع كل واحد منها مع الآخر، وهو المشهور. وأما السلف فلا يجوز اجتماعه مع البيع ولا غيره من العقود المذكورة اتفاقا.

وهل فسادُ صفقةٍ إن انفردْ من جهة يُبطلُها أو لا تُردْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في فساد الصفقة من جهة واحدة؛ بأن كانت فاسدة من جهة أحد المتعاملين دون الآخر.. هل يبطلها فترد أي تفسخ به؟، أو لا ترد أي لا تفسخ ولا تفسد بذلك؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في فساد الصرف بتسلف أحد المصطرفين إذا لم يطل الزمن.. فعلى أن فساد الصفقة يبطلها: يفسد الصرف ويفسخ، وعلى أنه لا يبطلها لا يفسد، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، والأول لأشهب. وأما لو تسلفا فإنه يفسد اتفاقا ولو لم يطل، وكذا إذا تسلف أحدهما وطال.

ومن فروعها: الخلاف في منع بيع الذمي لطعامه الكائن من المعاوضة من مسلم قبل قبضه، فعلى أن فساد الصفقة من جهة واحدة يبطلها: يمنع بيعه له قبل قبضه من المسلم، وعلى أنه لا يبطلها لا يمنع.

قال السجلماسي: ولم أقف الآن على شيء في هذه المسألة إلا على قول المواق عند قول المصنف: وهل إن عجل العتق؟ تأويلان. ما نصه: انظر هنا أيضا منع الذمي من بيع الطعام قبل أن يستوفيه من مسلم.

قلت: وإنما فرضت القولين لبيان كيفية اقتضاء القاعدة لهما، وبيان وجه دلالتها عليهما، لا أني وقفت عليهما صريحا؛ لكن الذي يقتضيه النظر الفقهي عندي المنع؛ لأن المشهور أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، وعليه فلا يكون الفساد منفردا من جهة المسلم وحده، بل يكون من جهتهما، وحينئذ يتعين الفسخ.

ومن فروعها: الخلاف في فساد جمع الرجلين سلعتهما في البيع إذا لم يعلم المشتري بذلك، فعلى أن فساد الصفقة إذا انفرد من جهة واحدة يبطلها: تبطل هذه الصفقة ويجب فسخها، وهو ظاهر مختصر خليل، وعلى أن فساد الصفقة من جهة واحدة لا يبطلها تصح هذه الصفقة، وبه قال التونسي.

والحُكْمُ هلْ لهُ تَوسُّطٌ أتى ... مِن بينِ حُكمينِ خلافٌ ثَبتا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحكم هل له توسط بين حكمين أي هل يجوز توسطه بينهما؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة البيع وبطلان الشرط في المسائل الست التي ذكر خليل: الأولى: اشتراط البائع للعبد عدم تناول البيع لثياب مهنته. الثانية: اشتراط المشتري لثمار لم تطب أو زرع لم يطب أن زكاته على بائعه. الثالثة: اشتراط البائع أن لا عهدة عليه. الرابعة: اشتراط أن لا مواضعة في أمة البيع التي يواضع مثلها. الخامسة: اشتراطه أن لا قيام لمشتر الثمار [illegible] بجائحتها. السادسة: اشتراطه إن لم يأت المشتري بالثمن لكذا فلا بيع بينهما.

فعلى [illegible] صح البيع في هذه المسائل الست ويبطل الشرط وهو المشهور، والحكمان المتوسط هذا الحكم بينهما هما: القول ببطلان البيع والشرط مطلقا، والقول بجوازهما مطلقا، وعلى أن الحكم لا يجوز توسطه بين حكمين يصح البيع والشرط في المسائل الست أو يبطلان.

ومن فروعها: الخلاف في ميراث ورثة الزنديق منه إذا قتل، فعلى أن الحكم يجوز أن يتوسط بين حكمين يقتل الزنديق كفرا ويرثه ورثته، أما قتله؛ فلِما أضمر من الكفر، وأما إرثه؛ فلِما أظهر من الإسلام، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم والحكمان المتوسط بينهما هما: حكم المرتد، وحكم المسلم؛ لأن هذا الحكم لم يتحمض لواحد منهما، بل توسط بينهما؛ إذ لو تمحض لحكم المرتد لم يكن ماله لورثته، ولو تمحض لحكم المسلم لم يقتل.

وعلى أن الحكم لا يتوسط بين حكمين: لا يرثه، وهو رواية ابن نافع، وعليها فقد تمحص له حكم الكفر. والزنديق هو المسر بالكفر المظهر للإسلام.

قَبضُ الجزافِ في الأصحِّ بالنظرْ وقيل بالنقلِ كما جا في الخبرْ

يعني أن الأصح عند الفقهاء أن قبض الجزاف بالنظر إليه، وقيل قبضه إنما يكون بالنقل أي بنقله من محله كما في الخبر الصحيح الثابت في مسلم عن ابن عمر أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» قال: وكنا نشتري الطعام مع الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه.

ودليل القول الأصح: ما ثبت في الصحيح عن ابن عمر أيضا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أن يبيع إنسان طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه. فمفهومه يقتضي جواز بيع طعام الجزاف قبل كيله من عند بائعه.

وينبني على القاعدة: الخلاف في جواز بيع الطعام المشترى جزافا قبل نقله من عند بائعه، فعلى أن قبض الجزاف بالنظر إليه فقط: يجوز بيعه قبل نقله من عند بائعه، وعلى أنه بالنقل لا يجوز بيعه قبل نقله من عند بائعه، والمشهور الأول، والثاني رواه الوقار عن مالك.

والردُّ للمبيعِ بالعيبِ يُعدْ نَقضاً وقيلَ كابتدا بيعٍ وردْ

يعني أن رد المبيع بالعيب يعد نقضا للبيع الأول، وقيل إنه ورد كابتداء بيع ثان.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في بناء من باع ماشية، ورجعت إليه بالعيب على الحول الأصلي، فعلى أن الرد بالعيب حل بيع: يبني على حولها الأصلي فيزكيها عند تمامه، وهو المشهور، وعلى أنه كابتداء بيع يستقبل بها حولا، وهو مخرج لابن يونس.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم العتق لمن قال عبدي حر إن كلمت زيدا، ثم باع العبد وكلم زيدا، ثم رد إليه العبد بالعيب، فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع الأول يعتق عليه؛ لأن العبد كأنه في ملكه حين تكليمه زيدا، وعلى أنه كابتداء بيع ثان لا يعتق عليه، والقولان حكاهما السجلماسي.

قلت: والظاهر عندي أنه يعتق عليه إن كان عالما بالعيب ودلس به، وإلا فلا.

ومن فروعها: الخلاف في جواز رد المسلم لعبد اشتراه من كافر بالعيب عليه إذا أسلم العبد بيد المسلم قبل رده له بالعيب، فعلى أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله يجوز له رده عليه بالعيب، وهو لابن القاسم، وعلى أنه كابتداء بيع لا يجوز له رده عليه بالعيب بعد ما أسلم، وهو لأشهب وابن الماجشون، واختاره ابن حبيب، والأول هو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في رد الخلع إذا تبين أن بالزوج عيبا يوجب الخيار، فعلى أن الرد بالعيب حل للعقد من أصله يرد الزوج المال المخالع به، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وعلى أن الرد بالعيب كابتداء عقد ثان لا يرد الزوج الخلع، وبه قال ابن المواز. وأما إن كان العيب بالمرأة فلا رد على الزوج، وعلله في المدونة بأن له أن يقيم معها على النكاح.

ومن فروعها: الخلاف في وجوب المواضعة في الأمة التي اشتراها على المواضعة، ثم ردها بعيب بعد خروجها من المواضعة، فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع الأول تجب عليه مواضعتها إن لم يغب عليها المشتري، وعلى أنه كابتداء بيع ثان تجب عليه مواضعتها، والأول هو المشهور، وأما إن غاب المشتري عليها فإنه تجب عليه مواضعتها.

ومن فروعها: الخلاف في ثبوت العتق لمن أوصى سيدها بخيارها في العتق أو البيع فاختارت البيع، فبيعت ثم ردت بعيب، فأرادت اختيار العتق.. فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع الأول يكون لها اختيار العتق، وعلى أنه ابتداء بيع لا يكون لها ذلك، الأول لابن وهب، والثاني لغيره.

ومن فروعها: الخلاف في رد السمسار للجعل إذا رد المبيع بالعيب، فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع من أصله: يرد السمسار الجعل وجوبا، وعلى أنه ابتداء بيع لا يرده، والأول هو مذهب المدونة، وقيده ابن اللباد بما إذا لم يدلس البائع فلا يرد السمسار الجعل؛ لأن البائع دخل عليه مع علمه أن المبيع سيرجع إليه.

وقال القابسي: إن له جعله إن لم يعلم بتدليس البائع، وإن علم.. فإن رد المبيع فلا شيء له، وإن تم البيع فله أجر مثله. وقال ابن يونس: ينبغي أن يكون له ما سمي من الجعل كما يكون للبائع المدلس الثمن لا القيمة؛ إلا أن يتعاقد مع البائع المدلس على التدليس، فحينئذ يكون له أجر مثله؛ لأن رب السلعة قال له دلس فإن تم البيع فلك كذا، وإلا فلا شيء لك وهو غرر. وزاد ابن سحنون قيدا آخر في المدونة.. فقال: يشترط أن يكون الرد بقضاء قاض لا تبرعا. انتهى من التوضيح.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان المبيع المردود بالعيب إذا تلف قبل قبض بائعه له.. ممن هو؟، فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع الأول: يكون ضمانه من بائعه، وعلى أنه ابتداء بيع يكون ضمانه من مشتريه حتى يقبضه لبائعه، وقيل إن حكم بالعيب حاكم، أو رضي البائع به.. فضمانه منه؛ وإلا فضمانه من مشتريه، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في أخذ بائع السلعة المعينة لها إذا باعها المفلس وحاص الغرماء لفوات السلعة بالمبيع ثم ردت إليه بالعيب، فعلى أن الرد بالعيب حل للبيع يكون له أخذ سلعته المردودة بالعيب ورد المحاصة، وهو المشهور، وعلى أن الرد بالعيب كابتداء بيع لا يأخذها ولا يرد المحاصة، وهو تخريج اللخمي والمازري.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة بيع السيد لعبده قبل علمه بتزوجه؛ بأن تزوج بغير إذنه ورضي المشتري بذلك، ثم اطلع على عيب آخر بالعبد فرده به.. هل يرد أرش عيب النكاح؛ لأنه هو الذي أقره.. بناء على أن الرد بالعيب ابتداء بيع ثان؟، أو لا يرده بناء على أنه حل للبيع الأول؟، والقولان حكاهما ابن بشير عن المتأخرين وخرجهما أبو بكر ابن عبد الرحمن على هذه القاعدة.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة وجود المشتري في المبيع عيبا قديما، وقد حدث فيه عنده عيب، وأراد رده بالعيب القديم، فعلى أن الرد بالعيب ابتداء بيع ثان: يخير المشتري بين أن يرجع على البائع بقيمة العيب القديم ويتمسك بالمبيع، أو يرده ويرد ما نقصه الحادث عنده؛

إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ويرد جميع الثمن، ولا يرجع على المشتري بقيمة العيب الحادث عنده، فذلك له إلا إن يرضى المشتري بالتمسك به معيبا بجميع الثمن، فذلك له، ولا كلام للبائع. قاله القلشاني. وعلى أن الرد بالعيب حل للبيع الأول لا يحتاج إلى هذا كله، بل للمشتري أن يرد المبيع بالعيب القديم، ولا يلزمه أرش الحادث عنده. والمشهور الأول.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: تنبيه ضعف كون الرد بالعيب كابتداء بيع؛ لأنه لو كان كذلك.. لتوقف على رضى البائع، ولوجبت الشفعة للشريك إذا رد المشتري بالعيب، ولوجبت العهدة فيه إذا رد بالعيب، والجميع لا يجب باتفاق.

قال المازري: هو بيع أوجبه الشرع بغير اختيار من رجع إليه المبيع.. فخرج عن العقود الاختيارية المقصود فيها المكايسة. واستشكل القول بأنه نقض للبيع من أصله.. باتفاقهم أن الابتداء بيع.. فيمن ابتاع أمة بعبد، فأعتق الأمة، ثم رد العبد عليه بعيب.. أن لا يكون للبائع نقض البيع ورد العتق، وإنما له قيمة الأمة، وبتطابق فقهاء الأمصار كأبي حنيفة ومالك والشافعي وغيرهم على أن المشتري الراد بالعيب لا يرد الغلة.. حتى أن كثيرا من العلماء لينكر الخلاف في ذلك.

قال الأبهري: لا خلاف بين أهل العلم أن الإغتلال للمشتري، ولا يرده إذا رد بالعيب.

وقال ابن الجهم: لا خلاف بين الناس في هذا.

وقال ابن أبي داود: لا خلاف بين العلماء في هذا، ولم يخالف فيه إلا شريح، وعبد الله بن الحسن العنبري في حكاية الجوزي، ونقل المازري.

وهل يَدُ الوكيلِ كالموكِّلِ أو لا خلافٌ بين ذي العلمِ جلي

يعني أن الفقهاء اختلفوا في يد الوكيل هل هي كيد موكله؟، أ[illegible]ي ذلك خلاف بين ذوي العلم الجلي أي الواضح.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة الصرف الذي وكل فيه أحد المتصارفين على القبض بعد ما عقده، فعلى أن يد الوكيل كيد موكله يصح الصرف، وبه قال اللخمي؛ لكن

قال إنه مكروه، وعلى أن يد الوكيل ليست كيد موكله يفسد الصرف وهو المشهور. كما في التوضيح عن ابن عبد السلام، وبه قال أشهب.

وهل مؤَجّلٌ كما قد حَلاّ أو لا خلافٌ بينهمْ قد حَلاّ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الدين المؤجل هل هو كالدين الحال؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صرف الدين المؤجل هل يجوز كصرف الحال؟، فعلى أن المؤجل كالحال: يجوز صرفه، وعلى أنه ليس كالحال لا يجوز، وهو المشهور كما في ابن الحاجب.

قال في التوضيح: والمنع بناء على أن المعجِّل لما في الذمة يعد مسلفا، وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه فلم يحصل التناجز، وعلى الشاذ بالبراءة أي بأنه إنما قصد براءة ذمته يجوز الصرف هنا.

ومن فروعها: الخلاف في تزكية الدين المؤجل هل هي بالعدد كالتزكية للحال.. بناء على أن المؤجل كالحال؟، أو بالقيمة بناء على أن المؤجل ليس كالحال وهو المشهور. وهذا إذا كان الدين المؤجل عينا ومرجو، وأما إن كان عرضا فإنه يزكيه بالقيمة اتفاقا ولو كان حالا، وأما إن لم يكن مرجوا فلا زكاة عليه فيه مطلقا أي سواء كان حالا أو مؤجلا.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من له دين مؤجل، وعليه دين حال.. هل يجعل ما عليه في محله.. فيزكي ما بيده من العين إن وفى ماله بما عليه.. بناء على أن المؤجل كالحال؟، أو يجعله في قيمته على أنه ليس كالحال؟، في ذلك قولان، والمشهور الثاني.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة الشفعة في الشقص المأخوذ عن دين مؤجل.. هل تكون بقيمة الدين.. بناء على أنه كالحال، وهو المشهور، ومذهب المدونة والأول لابن الماجشون وسحنون. وهذا كله إذا كان الدين المؤجل المأخوذ عنه الشقص عينا، وأما إذا كان عرضا فإن الشفعة فيه تكون بالقيمة اتفاقا، وأما تفصيل أشهب في الدين المؤجل بأنه إن كان عينا فالشفعة بمثله، وإن كان عرضا فبقيمته، فقد قال محمد إنه غلط.

وهـل كمـا عُـدمَ حِـسّاً مـا عُـدمْ معنـىً خـلافٌ بيـنَهمْ قـد ارتَـسمْ

يعني أن الفقهاء ارتسم الخلاف بينهم في المعدوم معنى هل هو كالمعدوم حسا؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز الرضى بالرصاص أو النحاس إذا وجد في الصرف في أحد عوضيه، فعلى أن المعدوم معنى كالمعدوم حسا: لا يجوز الرضى به إذا لم يكن بحضرة الصرف، وهو الأظهر كما في ابن الحاجب، وعلى أن المعدوم معنى ليس كالمعدوم حسا يجوز الرضى به.

قال في التوضيح: والقولان للمتأخرين. قاله ابن بشير. والقول الأظهر مقيد بما إذا لم يرض بالرصاص أو النحاس بحضرة الصرف، وأما إن رضي به بحضرة الصرف فيجوز.

ومن فروعها: الخلاف في صحة الرضى بالبدل في السلم إذا وجد المسلم إليه رأس المال رصاصا أو نحاسا.. فعلى أن المعدوم معنى كالمعدوم حسا: لا يجوز الرضى بالبدل إذا اعترف البائع وأراد البدل، وينتقض السلم، وبه قال ابن شعبان، وعلى أن المعدوم معنى ليس كالمعدوم حسا: يجوز الرضى بالبدل ويصح السلم، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وبه قال ابن القاسم، وقيده أشهب بما إذا لم يدخلا على ذلك ليجوز بينهما الكالئ بالكالئ.

قال في التوضيح: وهذا عندي لا يعرف إلا ببينة تشهد على أصل تعاقدهما على ذلك أو بإقرارهما معا.

هـل حكـمُ مـا غَلـبَ للـذي نَـدرْ أو لا خـلافٌ بيـنهمْ قـد اسـتقَرْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا هل حكم الغالب ثابت للنادر؟، أو غير ثابت له.. وإنما له حكم نفسه؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جريان الربا في الفلوس، فعلى أن حكم الغالب ثابت للنادر يمنع الربا في الفلوس، وعلى أنه غير ثابت له لا يمنع الربا في الفلوس، وقيل يكره الربا فيها، وهو جل قول مالك.

ومن فروعها: الخلاف في دخول ربا الفضل في العنب الذي لا يتزبب والرطب الذي لا يتتمر؛ لأنهما لا يقتاتان إلا نادرا، والأكثر من العنب والرطب بتزبب ويتتمر ويقتات غالبا، فعلى أن حكم الغالب ثابت للنادر يحرم ربى الفضل فيهما، وعلى أنه غير ثابت له وإنما له حكم نفسه.. لا يحرم فيهما.

ومن فروعها: الخلاف في افتقار السلحفاة ونحوه مما يعيش في البر من حيوان البحر للذكاة، فعلى أن حكم الغالب ثابت للنادر لا يفتقر إليها، بل يؤكل بغير ذكاة وهو المشهور، وعلى أن حكم الغالب غير ثابت للنادر وإنما له حكم نفسه: يفتقر إليها فلا يؤكل إلا بها. وقيل إن كان مأواه الماء ويرعى في البر: يؤكل بلا ذكاة، وإن كان مأواه البر ويعيش بالماء لا يؤكل إلا بذكاة، وهذا القول لمحمد بن دينار، وعيسى عن ابن القاسم.

ابن رشد: هذا تفسير مذهب مالك، وسمع القرينان ترس الماء يقيم حيا حتى يذبح.. قال هو صيد من صيد البحر، وإنما يذبحونه لاستعجال موته، ولا أكره ذبحه لذلك، بل لما يدخل على الناس من الشك، فإن لم يكن ذبح فلا بأس.

اللخمي: روى مختصر الوقار أنه يستحب ذبحه إن كان يرعى في البر.

وهل يُراعى ما بذمةٍ أتى أو المراعى ما بحُكمٍ ثَبتا

يعني أن الفقهاء اختلفوا هل يراعى ما ترتب في الذمة في الصرف، وهو ما أسماه المتصارفان؟، أو المراعى إنما هو ما يثبته الحكم؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في مسألة من استسلف من آخر نصف دينار، فدفع إليه دينار على أن يرد له نصفه، ولم يأمره بصرفه بل سكت، فعلى أن المراعى ما ترتب في الذمة: يلزم المستسلف صرف نصف الدينار يوم السلف، وعلى أن المراعى ما يوجبه الحكم: يلزمه صرفه يوم القضاء؛ لأن الحكم يوجب صرفه، و لا يبيح كسره، والحكم لم يقع إلا حينئذ.

ومن فروعها: الخلاف في جواز قبض من له بذمة آخر دينار.. لدراهم عن نصفه، فعلى أن المراعى ما ترتب في الذمة: يجوز له أخذ دراهم عن نصفه؛ لأن النصف الباقي يكون ذهبا

إلى يوم القضاء، وعلى أن المراعى ما يوجبه الحكم: لا يجوز له أخذ الدراهم عن نصفه؛ لأن النصف الباقي يكون دراهم مؤخرة فيدخله ربا النسيئة، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع سلعة بدينار، واستثناء سدس أو خمس منه، فعلى أن المراعى ما ترتب في الذمة: يجوز؛ لأن السدس أو الخمس الباقي ذهب إلى حين القضاء، وهو المشهور، وعلى أن المراعى ما يوجبه الحكم يمنع استثناء السدس أو الخمس عن الدينار.

قال في التوضيح: المشهور أنه يجوز مطلقا.

وهل ذو الاستثنا من البيعِ وردْ مبيعاً أو مُبقىً عن البيعِ انفردْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشيء المستثنى من المبيع هل هو مبيع لمستثنيه بأن يقدر دخوله في ملك المشتري.. وكأنه باعه لبائع المستثنى منه؟، أو هو مبقى على ملك مستثنيه الذي باع المستثنى منه؛ لأنه قد انفرد عن البيع فلم يدخل في ملك المشتري أصلا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في ضمان مشتري الدار التي استثنى بائعها سكناها سنة وبقيت لذلك عند بائعها.. إذا انهدمت الدار في أثناء السنة، فعلى أن المستثنى مبيع يضمن المشتري للبائع، وعلى أن المستثنى مبقي لا يضمنه المشتري وإنما هو من البائع، الأول لأصبغ، والثاني لمالك.

ومثل الدار الدابة إذا استثنى بائعها ركوبها يوما أو يومين فهلكت في أثناء المدة. فقال أصبغ: يضمن المشتري للبائع الركوب بقية المدة.. بناء على أن المستثنى مبيع. وقال مالك: لا يضمنه وإنما هو من البائع.. بناء على أن المستثنى مبقى.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع الثمر الذي استثناه بائع شجرة قبل قبضه من مشتري الشجرة، فعلى أن المستثني مبيع: يمنع بيعه قبل قبضه؛ لأنه طعام معاوضة، وعلى أنه مبقي على ملك بائع الشجر: يجوز له بيعه قبل قبضه.

قال في التوضيح: واختار ابن عبد الحكم والأبهري: الجواز، ولا ضمان هنا على المشتري اتفاقا.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من استثنى من الثمرة المبيعة كيلا فأجيحت بما يعتبر، هل يوضع من المستثنى بقدره.. بناء على أن المستثنى مشترى وهو المشهور، وهو رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك؟، أو لا يوضع منه بقدره بناء على أن المستثنى مبقي وهو رواية ابن وهب عن مالك.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان المشتري للمستثنى المعين من الشاة المبيعة كرطل أو جلد أو رأس إذا هلكت، فعلى أن المستثنى مبيع يضمن المشتري للبائع الجزء المستثنى، وعلى أنه مبقي على ملك البائع لا يضمن له المشتري شيئا. وقيل يضمن الجلد والرأس ولا يضمن الرطل، وهو المشهور، ومذهب المدونة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع الحيوان واستثناء ما في بطنه، فعلى أن المستثنى مبيع لا يجوز ذلك، وهو مذهب مالك وأصحابه، قال ابن رشد: ولا أعلم خلافا في ذلك، وعلى أن المستثنى مبقى على ملك البائع: يجوز ذلك فهو مذهب أحمد بن حنبل، والأوزاعي، والحسن بن يحي، واسحاق بن راهويه، وداود، وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

ومن فروعها: الخلاف في جواز كراء الدار والأرض التي فيها شجر واستثناء البائع شجرات بأعيانها لنفسه، فعلى أن المستثنى مبيع: يمنع ذلك، وعلى أنه مبقى يجوز، الأول لابن القصار، والثاني لابن أبي زمنين.

وهل كحكمِ حاكمٍ ما لو رُفعْ		إليه أمضاه خلافٌ قد سُمعْ

يعني أنه سمع عن الفقهاء الخلاف في الفعل الذي لو رفع إلى الحاكم لأمضاه.. هل هو كحكم الحاكم؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في مسألة من أسلم في طعام سلما فاسدا مختلفا في فساده وتوافقا على الفسخ بينهما وأشهدا به، فأراد أن يأخذ عنه غير صنفه، فهل يجوز.. بناء على أن الفعل الذي لو رفع إلى الحاكم يحكم به بمنْزلة حكم الحاكم؟، أو لا يجوز.. بناء على أنه ليس بمنْزلته في ذلك قولان. قال محمد: والثاني هو الصواب، وبه قال التونسي.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا أراد أن يؤخره برأس المال في السلم المجمع على فساده إذا توافقا على فسخه وأشهدا به.. هل يجوز.. بناء على أن الفعل الذي لو رفع إلى الحاكم يحكم به بمنْزلة حكم الحاكم؟، أو لا يجوز.. بناء على أنه ليس بمنْزلته في ذلك قولان.

ومن فروعها: الخلاف في البيع المختلف في فساده.. هل يكفي فيه التراضي بالفسخ بناء على أن الفعل الذي لو رفع إلى الحاكم يمضيه بمنْزلة حكمه؟، أو لا بد فيه من حكم الحاكم.. بناء على أن الفعل الذي لو رفع إلى الحاكم يمضيه ليس بمنْزلة حكمه، في ذلك قولان. وقيل يكفي تراضيهما مع الاشهاد، حصل الأقوال الثلاثة ابن عرفة في الصرف الفاسد. وأما المجمع على فساده فإنه لا يحتاج فسخه إلى حكم حاكم بل يكفي فيه التراضي.

وقال ابن جماعة في مسائله من باب بيع الغرر: ويجوز أن يبدأ عقد آخر بعد الفسخ بغير إشهاد، وبالاشهاد أحسن.

قال القباب: أما قوله بغير إشهاد فهو مذهب أشهب، وقال ابن المواز: لا بد من الإشهاد أو الحكم. نقله عياض، وابن رشد.

وهل مخيَّرٌ إذا اختارَ يُعدْ منتقِلا أو لا خلافٌ قد ورَدْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في المخير بين شيئين أو أشياء إذا اختار أحدهما هل يعد منتقلا إليه عن غيره؟، أو لا يعد منتقلا إليه عن غيره وكأنه ما اختار قط غيره؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز شراء ثمر نخلة يختارها المشتري من نخلات عند البائع، فعلى أن المخير بين شيئين أو أشياء إذا اختار أحدهما يعد كالمنتقل إليه عن غيره: لا يجوز ذلك، وهو المشهور، وعلى أنه لا يعد كالمنتقل إليه عن غيره: يجوز ذلك، وبه قال اللخمي، قال: ويحال في ذلك على دينه ويؤمر أنه إذا اختار شيئا فلا ينتقل عنه.

ومن فروع القاعدة: أيضا الخلاف في اشتراء غاصب الجارية لها وهي غائبة، فعلى أن المخير بين شيئين أو أشياء إذا اختار أحدهما يعد كالمنتقل إليه عن غيره لا تشترى إلا بما تشترى به قيمتها؟ وعلى أنه لا يعد منتقلا إليه عن غيره لا تراعى القيمة، الأول لأشهب، والثاني هو ظاهر الكتاب.

ومن فروعها: الخلاف في جواز أخذ شاة حية ممن سرق شاة فذبحها وثبت للمسروق منه الخيار بين لحمها وقيمتها.. فعلى أن المخير بين شيئين يعد كالمنتقل إليه عن غيره لا يجوز ذلك؛ لأنه كأنه لما قدر على أخذ اللحم أعرض عنه إلى أخذ شاة فصار كبيع لحم بحيوان من جنسه، وعلى أن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما لا يعد منتقلا إليه عن غيره يجوز ذلك.

ومن فروعها الخلاف فيمن أسلم على أختين أو على عشر حرائر ولم يدخل بواحدة فاختار إحدى الأختين، أو أربعا من الحرائر، فعلى أن من خير بين سيئين أو أشياء إذا اختار أحدهما يعد كالمنتقل إليه عن غيره يلزمه نصف الصداق للأخت الباقية أو سائر النساء، وعلى أنه لا يعد كالمنتقل لا يلزمه شيء، وهو المشهور، .وقال ابن المواز لكل واحدة خمس صداقها؛ لأنه لو فارق الجميع قبل الدخول لزمه صداقان، وقال ابن حبيب: لكل واحدة من البواقي نصف صداقها؛ لأنه في الاختيار كالمطلق.

قال في التوضيح: في قول ابن حبيب: لأنه كالمطلق نظر؛ لأنه لو كان كالمطلق للزم إذا اختار أربعا فوجدهن ذوات محرم أن لا يختار بقية الأربع من الست الباقيات؛ لأنهن بنّ عنه بالطلاق، ولا يقال لم يجعله ابن حبيب مطلقا، وإنما قال كالمطلق؛ لأنا نقول إنما يلزم نصف الصداق لمن طلق، أما مشبهه فلا، وأيضا فلأنه إذا طلق بعد اختيار يكون طلاقه مانعا من التمسك بهذه الأربع.

قلت: واللازم باطل اتفاقا فكذلك الملزوم.

ومن فروعها: الخلاف في جواز صرف الحلي المستحق من الغاصب بعد ما تعيب عنده، وثبت الخيار للمغصوب منه بين أخذه معيبا أو تضمينه القيمة فاختار القيمة.. فعلى أن من خير بين شيئين فاختار أحدهما يعد كالمنتقل إليه عن غيره: لا تجوز مصارفة الغاصب على القيمة، وعلى أنه لا يعد كالمنتقل: تجوز مصارفته عليها، وهو المشهور، وأما إن اختار أخذه معيبا فإنه يجوز أن يصارفه عليه إن أحضره اتفاقا، وإن لم يحضره فالمشهور المنع.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من وكل على بيع سلعة بعشرة نقدا، فباعها بعشرين إلى أجل وفاتت السلعة بيد مشتريها.. هل يجوز أن يمضي ذلك الموكل.. بناء على أن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما لا يعد منتقلا إليه عن غيره، أو لا يجوز له أن يمضيه بناء على أنه يعد كالمنتقل إليه عن غيره.. قولان تقتضيهما القاعدة، ولم أقف عليهما منصوصين.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من وكل على أن يسلم سلعة في طعام فوكل عليها غيره بغير إذن الموكل ولم يعلم بذلك إلا بعد دفع السلعة للمسلم إليه وغاب عليها.. فهل للموكل أن يجيز ذلك السلم.. بناء على أن من خير بين شيئين لا يعد كالمنتقل إليه عن غيره، أو لا يجوز له ذلك.. بناء على أنه يعد كالمنتقل، وهو نص الكتاب، ورآه كفسخ دين في دين. قاله المنجور.

بيعُ الخيارِ ذو انبرامٍ اتضحْ　　　وقيل مُنحلٌّ وذا هو الأصحْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في بيع الخيار هل هو منبرم؟، أو منحل؟، والأصح أنه منحل، والقولان حكاهما المازري، وقال ابن رشد: هو منحل اتفاقا، فإن أمضي فهل يعد ماضيا من يوم نزل؟، أو من يوم أمضي؟، قولان.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز عقد الصرف بالخيار.. فعلى أن بيع الخيار منحل: يمنع عقده بالخيار، وهو المشهور، وعلى أن بيع الخيار منبرم: يجوز، وهو لمالك في الموازية.

ومن فروعها: الخلاف في جواز عقد النكاح بالخيار، فعلى أن بيع الخيار منحل يمنع عقده بالخيار، وهو المشهور، وعلى أنه منبرم يجوز، وعلى القول المشهور فإذا وقع بخيار فإنه يفسخ قبل البناء اتفاقا، وفي فسخه بعده خلاف، والذي رجع إليه مالك أنه يفسخ بعده.. سواء كان الخيار للزوج، أو للزوجة، أو لولي، أو لهم، وقيل يجوز عقد النكاح على خيار المجلس وبعد الافتراق فما قرب.

قال صاحب الاستلحاق: ومن شيوخنا من يقول إن كان الخيار في المجلس فلم يختلف أصحابنا في جوازه، وإن كان الخيار يفترقان عليه كالبيع، فلم يختلف أصحابنا في منعه، ولابن القاسم في الموازية إن شرط لها مشورة فلان الشيء القليل وهو حاضر بالبلد ويأتي من فوره جاز.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم العتق لمن اشترى من يعتق عليه بالخيار، فعلى أن بيع الخيار منحل: لا يعتق عليه، وهو مذهب المدونة، وعلى أن بيع الخيار منبرم: يعتق عليه، وهو مذهب أصبغ وابن حبيب.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة المديان يبيع السلعة أو يشتريها بالخيار، ثم يحجر عليه، فيريد الإمضاء أو الفسخ، فيمنعه الغرماء من ذلك.. فعلى أن بيع الخيار منحل يكون لهم منعه من الإمضاء في المسألتين، وليس لهم منعه من الفسخ فيها، وعلى أنه منبرم يكون لهم منعه من الفسخ دون الإمضاء في المسألتين.

ومن فروعها: الخلاف في جواز الإمضاء للمسلم الذي باع عبده الكافر من كافر بخيار، ثم أسلم العبد في أيام الخيار.. والخيار للمسلم، فعلى أن بيع الخيار منحل لا يجوز للمسلم إمضاء بيعه للكافر، وعلى أنه منبرم يجوز ذلك.

قال في التوضيح: والظاهر المنع؛ لأن المعروف من المذهب انحلاله، بل هو الظاهر، ولو على القول بأنه منبرم؛ إذ لا فرق بين ما بيد المسلم رفع تقريره، وبين ابتداء بيعه، وظاهر كلام ابن الحاجب أن القولين منصوصان، وإنما ذكرهما المازري تخريجا على الخلاف في بيع الخيار.

خيارُ حُكمٍ كخيارِ الشرطِ لديهمُ وقال لا ذو الضبْطِ

يعني أن الخيار الحكمي كالخيار الشرطي لدى بعض الفقهاء، وقال ذو الضبط من الفقهاء إنه ليس كالخيار الشرطي.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة إمضاء السيد والولي لنكاح العبد والمحجور إذا عقدا بغير إذنهما.. فعلى أن الخيار الحكمي كالخيار الشرطي: لا يصح إمضاؤهما له.. سواء كان المحجور صبيا، أو سفيها، بل يتعين عليهما فسخه. وبه قل أبو الفرج في العبد، وصححه الباجي، وهو قول سحنون في الصبي إذا كان يقدر على الجماع. وعلى أن الخيار الحكمي ليس كالخيار الشرطي: يصح إمضاء السيد والولي لتزوج العبد والمحجور بغير إذنهما، وهو المشهور.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز إمضاء بيع المصوغ من العين بعين إذا استحق المصوغ، وأراد المستحق إمضاء البيع، فعلى أن الخيار الحكمي كالخيار الشرطي: يمنع الإمضاء، وهو لأشهب، وعلى أن الخيار الحكمي ليس كالخيار الشرطي: يجوز له إمضاؤه مطلقا أي سواء أحضر المصوغ، أم لا، وهو المشهور كما في ابن الحاجب.

قال في التوضيح: وأطلق المصنف في المشهور، وهو مقيد بحضور المصوغ.. نص عليه في التهذيب، وناقض سحنون هذا القيد بقول ابن القاسم فيمن استودع قمحا فباعه بطعام مخالف: إن للمستحق إجازة البيع. ولم يشترط حضور القمح، وهذا كله إذا لم يخبر المصطرف، وأما لو أخبر فإنه ينقض مطلقا.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: ناقض اللخمي والمازري وأبو الطاهر قولَ أشهب بمنع إمضاء مستحق المصوغ لصرفه. بقوله في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيله ويدخل بها ثم تزني: إن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح، فإن أجازه كانت محصنة ورجمت، وإن لم يجزه لم ترجم وحُدّتْ حدّ البكر، وهو اعتراض ظاهر. قال: وأجاب أبو الطاهر عن أشهب بما معناه: إن المناجزة المطلوبة في باب الصرف أضيق منها في باب النكاح؛ فلذا جعل الخيار الحكمي في الصرف كالشرطي لضيقه بخلافه في باب النكاح.

وأجاب التونسي رحمه الله تعلى عن أشهب بأن اجازة السيد نكاح العبد من باب رفع المانع لحصول المقتضى وهو أركان النكاح بجملتها، وإنما بقي إذن السيد وعدم إذنه مانع، وأما اجازة المستحق فانها من باب عدم المقتضى؛ لأن أحد العاقدين -وهو مالك المصوغ- مفقود فيها من العقد الأول؛ إذ العاقد غير مالك، فلم يكمل أركان البيع، فهو من باب عدم المقتضى، وقد علمت أن وجود المانع مع قيام المقتضى أخف من فقدان المقتضى؛ فلذلك ضعف الخيار الحكمي في الأول فلم ينزل منْزلة الشرط. والله أعلم.

هلِ ابتداءُ فسْخِ ذي الفسادِ مِنْ		يومِ الوقوعِ أو مِنَ الردِّ يَبنْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في ابتداء فسخ البيع الفاسد إذا فسخ.. هل يقدر مفسوخا من يوم الوقوع أي يوم البيع؟، أو يقدر مفسوخا من يوم الرد أي الفسخ فقط؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيمن تلزمه زكاة فطر العبد المبيع بيعا فاسدا إذا مر عليه يوم الفطر وهو بيد مشتريه.. ثم فسخ البيع بعد ذلك، فعلى أن ابتداء فسخ البيع الفاسد يقدر من يوم وقوع البيع: تكون زكاة فطره لازمة لبائعه، وعلى أن ابتداءه يقدر يوم الفسخ تكون زكاة فطره لازمة لمشتريه، وهو المشهور، ومذهب المدونة، والأول لأشهب بشرط أن يفسخ البيع بحدثان يوم الفطر.. قال: وإن فات البيع فعلى المبتاع ولو فات بعد يوم الفطر. وقال أيضا: إن أدركه الفطر ولم يفت فعلى البائع، وإلا فعلى المبتاع.

وهل كقبضِ آخِرِ الأجزاءِ قبضُ الأوائلِ في الاجتزاءِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا هل قبض الأوائل من أجزاء المبيع كقبض الجزء الآخر منها؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز قصاء الدين بسكنى دار معينة إلى أجل، أو خدمة عبد معين إلى أجل، أو ركوب دابة معينة إلى موضع، أو بثمرة يتأخر جذاذها.. فعلى أن قبض الأوائل كقبض الأواخر: يجوز قضاء الدين بما ذكرنا، وبه قال أشهب، واختاره ابن المواز، وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه، وعلى أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر: يمنع قضاء الدين بما ذكرنا من منافع المعين.. والثمرة التي لم يبد صلاحها، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وإليه رجع ابن القاسم.

وأما اقتضاء الدين بمنافع مضمونة فلا يجوز اتفاقا.

ومن فروعها: الخلاف في جواز تأخير النقد لمن اكترى دابة مضمونة إلى موضع.. وشرع في ركوبها.. فعلى أن قبض الأوائل كقبض الأواخر: يجوز ذلك، وهو المشهور، وعلى أنه ليس كقبض الأواخر: لا يجوز، وأما إن لم يشرع في ركوبها فلا يجوز تأخير النقد اتفاقا؛ لما فيه من تعمير الذمتين.

ومن فروعها: الخلاف في حلول الكراء بموت المكتري قبل استيفاء السكنى، فعلى أن قبض الأوائل كقبض الأواخر: يحل بموته وهو الجاري على مذهب أشهب، وعلى أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر: لا يحل بموته وهو الجاري على مذهب ابن القاسم، وبه أفتى ابن رشد.. قال في نوازله: من اكترى دارا سنين معلومة بنجوم فمات أو فلس، فالأصح في النظر أنها لا تحل بموته ولا بفلسه؛ إذ لا يحل عليه ما لم يقبض عوضه.

ومن فروعها: الخلاف في جواز الرضى بغير الدابة المعينة إذا هلكت أثناء مدة الكراء.. وقد انتقد الكراء، فعلى أن قبض الأوائل كقبض الأواخر: يجوز الرضى بغير المعينة، وعلى أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر: لا يجوز، وهو المشهور، ومذهب المدونة؛ إلا أن تهلك الدابة بفلاة لا يجد بها كراء.. فلا بأس بذلك للضرورة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الزكاة لمن آجر نفسه ثلاث سنين بستين دينارا وقبضها، ومرّ حول من السنين الثلاث، فعلى أن قبض الأوائل كقبض الأواخر: تجب عليه زكاة ستين، وعلى أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر: لا تجب عليه زكاة شيء منها؛ لأن العشرين التي للسنة التي مرت به لم يتحقق ملكه لها إلى الآن، والأربعون الباقية دين عليه، وليس عنده ما يجعله فيها، وهو المشهور.

وهل لموزونٍ إذا ما صُنعا حكمَ المقوَّمِ خلافٌ سُمِعا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الموزون إذا ما دخلته صنعة.. هل تنقله عن أصله بأن يكون له حكم المقوم فيكون القضاء فيه بالقيمة؟، أو لا تنقله الصنعة عن أصله فيكون القضاء فيه بالمثل؟، قال المنجور -تبعا للمقري- ما نصه: وهي من تعارض حكم المادة والصورة المباحة، فمالك والشافعي يقدمان الصورة فيجعلانها كالعروض، والحنفية وبعض المالكية يقدمان المادة فيجعلانها كالتبر.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في بيع الغزل والحلي بيعا فاسدا.. هل تُفوِّته حوالة الأسواق كالمقوَّم.. بناء على أن الصنعة تنقل الموزون إلى حكم المقوم؟، أو لا تفيته كالمثلى.. بناء على أن الصنعة لا تنقل الموزون عن أصله؟، في ذلك قولان.

ومن فروعها: الخلاف فيما يقضى بـه المـوزون المـصنوع كـالحلي والغـزل إذا اسـتهلكه شخص هل هو القمية.. بناء على أن الصنعة تجعل الموزون مقوما؟، أو المثل.. بناء على أنـه لا تنقله عن أصله، والمشهور الأول، والثاني لأشهب.

قال السجلماسي في شرح المنهج: ولم أقف الآن على هذا الخلاف في الموزون المصنوع إلا للمقري، وإنما الذي وقفت عليه الخلاف في تغير السوق.. هل لـه أثـر في المكيـل والمـوزون وهو قول أشهب؟، أو لا أثر له فيه وهو قول ابن القاسم وهو المشهور في المذهب؟.

قال ابن ناجي في شرح الرسالة: قال بعض الشيوخ: أربعة تفيتها حوالة الأسواق: البيع الفاسد، واختلاف المتبائعين، وبيع العرض بالعرض، وبيع المرابحة. وأربعة لا تفيتهـا حوالـة الأسواق: الرد بالعيب، وهبة الثواب، والإقالة في السلم، والاستحقاق.

تنبيه: قال بعض شيوخ الفاكهاني: الأصـل أن يحكـم في ذوات المثـل بالمثـل الا في أربـع مسائل: الأولى: مسألة الغزل، الثانية: من فدى أسيرا بدار الحرب بقنطار قطن مثلا فانه يأخذ قيمته ببلد الإسلام، الثالثة: من وهب لغيره هبة ثواب مما يكال أو يوزن فيفوت فعليه قيمته، وهل له أن يعطيه مثله، وبه قال أشـهب؟، أو لا وبـه قـال ابـن القاسـم، الرابعـة: إذا كـان لشريكين قنطار كتان مثلا على شخص فاقتضى أحدهما منه نصفه فدخل معه شريكه فيمـا اقتضى، وقلنا إنه يرجـع الـشريك الآخـذ الـذي لم يقـبض مـن الـشخص شـيئا عليـه أي الشخص بالنصف الثاني بقبضه منه فعليه أن يعطي قيمـة نـصفه لـشريكه، أمـا مـن قـال يرجعان جميعا فلا يخرج هذه المسألة عن الأصل، وزاد الفاكهاني مـسألة خامـسة وهـي: مـن اشترى صبرة جزافا فأتلفها البائع أو غيره فإن ما فيها القيمة لا المثل. ذكر ذلك عند تكلمـه على قول الشيخ: وكل بيع فاسد فضمانه من البائع. ومسألة الحلي السابقة سادسة.

فرع: قال ابن ناجي فإن قلت وهل سلف الغزل يتنَزل منْزلة الاستهلاك فيختلف فيه؟، أو لا؟. قلت ليس كذلك، بل نقل ابن يونس في أوائل الجعل والإجارة عن البراذعي، وعن أبي محمد بن أبي زيد أنه يرد مثله، وسألت شيخنا أبا مهدي هل يحفظ خلافه؟. فقال: لا وهو الصواب؛ لأنه فرق بين السلف والاستهلاك.

هلِ الإقالةُ بمثل الثّمنِ   الاولِ حَلُّ بيعٍ أو بيعٌ عُني

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الاقالة بمثل الثمن الأول هل هي حل للبيع الأول؟، أو هي ابتداء بيع عني أي قصد؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز الإقالة في الثمر المبيع بعد زهوه بعد يبسه.. فعلى أنها حل بيع: تجوز فيه الإقالة بعد يبسه؛ لأنها على عين الشيء، وليس من بيع الطعام واقتضاء غيره، وعلى أنها ابتداء بيع تمنع؛ لأنها اقتضاء طعام ثان عن ثمن الطعام.

قال المقري: ولو فلس المشتري لجاز أخذ اليابس اتفاقا لبعد التهمة.

ومن فروعها: الخلاف في ثبوت العهدة فيها للبائع على المشتري.. فعلى أنها حل بيع لا تثبت العهدة فيها، وعلى أنها ابتداء بيع تثبت فيها له عليه.

قال المنجور: ولم يرتض المازري القول بوجوب العهدة في الإقالة على القول بأنها ابتداء بيع معللا بأن هذا بيع قصد فيه إلى المعروف فلم يلحق بالعقود المقصود فيها المكايسة.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح في باب المرابحة: فائدة الإقالة عندنا بيع من البيوع إلا في ثلاثة مسائل: الإقالة في المرابحة، والإقالة في الطعام، والإقالة في الشفعة. فالإقالة في الطعام أن يتقايل المتبايعان فيه قبل أن يقبضه المشتري على مثل الثمن الأول، ولا تعد بيعا للطعام قبل قبضه. والإقالة في الشفعة هي بالنسبة إلى العهدة حل بيع، وذلك أن عهدة الشفيع على المشتري.. فلو تقايل المتبايعان قبل أخذ الشفيع فذلك لا يسقط الشفعة وعهدة الشفيع على خصوص المشتري على مذهب المدونة كما إذا أخذ من يده قبل التقايل، وأما على القول بأن الشفيع مخير أن يجعل عهدته على البائع أو على المشتري؛ لكون البائع صار مشتريا

فالإقالة عليه بيع. والإقالة في المرابحة هي أن يكون بائع الشيء باعه على المرابحة كأن باعه أولا بعشرة مثلا، ثم أقال المشتري البائع على مثل الثمن، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة على أن رأس ماله فيه عشرة حتى يبين؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس ولو عدت الإقالة بيعا لجاز.

قال في التوضيح: والظاهر أن وجوب التبيين عام على قول من يرى أن الإقالة حل بيع أو ابتداء بيع لما ذكر من كراهة النفوس.

قال المنجور: وهذا القول الثالث هو المشهور المعتمد.

الثاني: محل الخلاف في كون الإقالة بيعا أو حل بيع إذا وقعت بمثل الثمن الأول بلا زيد ولا نقص، وأما إذا وقعت بزيادة أو نقص فيه فإنها بيع اتفاقا في كل شيء، فلا تجوز الإقالة في الطعام بزيادة أو نقصان إلا بعد قبضه.

فرع: مما يبنى على القاعدة: الخلاف في جواز الإقالة في الأرض الموظفة، وبالجواز العمل. قاله ابن سلمون، وهو قول ابن الهندي، وبالمنع قال ابن العطار وابن زرب، والله تعلى أعلم.

هل يجبُ الرجوعُ للذْ غلَطا في مالِه لعُذْرِه بذ الخَطا

يعني أن الفقهاء اختلفوا فيمن غلط في ماله أي أخطأ فيه.. هل يعذر بخطئه فيه فيجب له الرجوع فيه؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيمن باع ثوبا بعشرة مثلا فأخطأ فدفع ثوبا يساوي أكثر من ذلك، فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بخطئه يثبت له الرجوع فيه، وعلى أنه لا يعذر بخطئه في ماله لا يثبت له الرجوع فيه، ومحل الخلاف إذا كان المبيع فائتا، وأما إن كان قائما فإنه يرجع فيه قولا واحدا.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من اشترى جارية لغيره بمائة وخمسين فقال غلطا قامت علي بمائة، ثم ظهر غلطه، فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بخطئه: يرجع في الجارية، وعلى أنه لا يعذر بخطئه: لا يرجع فيها.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في رجوع من أثاب عن صدقة ظنا منه أنه تلزمه الإثابة عنها.. فعلى أن المخطئ في ماله: يعذر بخطئه يرجع في ثوابه، وعلى أنه لا يعذر بالخطأ: لا يرجع بثوابه، ومحل الخلاف في المسائل الثلاث إذا فات المال، وأما ان كان قائما فإنه يرجع فيه قولا واحدا.

وظاهر كلامهم: أن المشهور من الخلاف في حال الفوات عدم الرجوع.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من باع جارية مرابحة للعشرة أحد عشر مثلا فقال قامت علي بكذا، ثم ظهر أنها قامت عليه بأكثر، فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بخطئه فيه: يرجع في جاريته، وعلى أنه لا يعذر به: لا يرجع فيها، والمشهور أنه يرجع مطلقا مع القيام والفوات.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من اقترض من طعام الحربي وظن أنه يلزمه قضاؤه فقضاه جهلا منه، فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بالخطأ يرجع فيما قضى، وعلى أنه لا يعذر به لا يرجع فيه، والخلاف في حال الفوات، وأما في حال القيام فإنه يرجع فيه قولا واحدا. كما في السجلماسي عن أبي عمران الصنهاجي.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في الرجل يشهد لابنه بحق، فيدفع المشهود عليه الحق بشهادته بغير حاكم، وفي الرجل يقوم له شاهد واحد فيدفع له المشهود عليه الحق بشهادته من غير حاكم، وفي الرجل ينفق على مطلقته البائن لدعواها حملا غير ظاهر.. ثم ينفش.. فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بخطئه يرجع المخطئ فيما دفع في المسائل الثلاث، وهذا القول غير منصوص، بل تخريج، وعلى أن المخطئ في ماله لا يعذر بالخطأ لا يرجع المخطئ فيما دفع في المسائل الثلاث، وهذا القول منصوص لمالك في المتيطية.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من صالح عن دم الخطأ ظانا أن الدية تلزمه وحده، ودفع بعض الصلح، ثم أخبر بأنها على العاقلة، فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بالخطإ: يرجع فيما دفع ويمسك ما لم يدفع، وعلى أنه لا يعذر بالخطأ: لا يرجع فيما دفع ويلزمه دفع ما لم يدفع

لأولياء الدم، وهو المشهور، وهذا إذا كان الدم ثابتا باعترافه، وأما ان ثبت عليه بالبينة، فالمشهور أنه يرجع فيما دفع، ولا يلزمه دفع ما لم يدفع بعد أن يحلف أنه ما صالح إلا جهلا منه سواء كان المصالح به قائما بعينه أو فائتا، ويرجع بمثل المثلي، وقيمة المقوم، وهذا إن طلبه أولياء الدم بالصلح، وأما ان كان هو الذي طلبهم فإنما يرجع فيما وجد قائما.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في مسألة الزوجة يتوفى عنها زوجها ولها عليه ستون دينارا، فيعطيها أخوه عشرين دينارا، فتتصدق عليه بالباقي، ثم تقوم وتدعي أنها جهلت مقدار التركة، وأن الأخ غشها.. فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بالخطأ ترجع في الصدقة وتحلف أنها كانت جاهلة قدر التركة، وبهذا أفتى أبو عبد الله الزواوي كما في نقل البرزلي عنه، ونقْل السجلماسي عن البرزلي. وعلى أن المخطئ في ماله لا يعذر بالخطأ: لا ترجع في صدقتها، بل تلزمها، وهذا القول لم أقف عليه منصوصا؛ وإنما ذكرته تخريجا؛ لأن القاعدة تقتضيه.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من ادعى دارا بيد رجل فأنكره، فصالحه على مال، ثم أقر له المطلوب.. فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بالخطأ يكون للمدعي القيام ببقية حقه، وهذا القول نقله السجلماسي عن البرزلي، وعلى أن المخطئ في ماله لا يعذر بالخطأ لا يكون للمدعي القيام ببقية حقه، وهذا القول لم أقف عليه منصوصا لأحد وإنما ذكرته تخريجا؛ لأن القاعدة تقتضيه.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من تصدق على أولاده بأرض فاقتسمها الذكور دون الإناث، ورأوا أن الإناث لا مدخل لهن في الصدقة وبقوا على ذلك زمانا.. ثم عثر على أن لهن مدخلا فيها.. فعلى أن المخطئ في ماله يعذر بالخطأ يأخذ الإناث أنصباءهن فيما يتسقبل وبه قال مالك، وقال ابن القاسم وأشهب يأخذن فيما يستقبل وفيما مضى، وعلى أن المخطئ في ماله لا يعذر بالخطأ فيه: لا يأخذن أنصباءهن، وهذا القول لم أقف عليه وإنما ذكرته تخريجا؛ لأن القاعدة تقتضيه.

هل مبهمُ العقدِ على الفسادِ يُحملُ أو هو صحيحٌ بادِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في العقد المبهم أي المتردد بين الصحة والفساد.. هل يحمل على الصحة؟، أو الفساد؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة إجارة من استرعي على غنما بعينها سنة ولم يشترط الخلف ولا عدمه، فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: تكون الإجارة صحيحة، وهو قول أشهب وابن الماجشون وابن حبيب وأصبغ وسحنون، ويوجبون الخلف، وعلى أن العقد المبهم يحمل على الفساد: تفسد الإجارة وهو قول ابن القاسم.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في صحة الكراء المضمون الذي عينت الإجارة فيه، ولم يكن العرف النقد، ولم يشترط نقدها.. فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: يصح الكراء، وهو قول عبد الملك والمدنيين، وعلى أنه يحمل على الفساد: يفسد الكراء، وهو قول ابن القاسم، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في صحة بيع الثمار قبل بدو صلاحها إذا لم يشترط القطع ولا التبقية، فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: يصح البيع، وهو ظاهر المدونة، ورجحه ابن محرز وعبد الحميد واللخمي وغيرهم من المتأخرين، وعلى أن العقد المبهم يحمل على الفساد: يفسد البيع، وبه قال العراقيون، وهو المذهب عند الباجي والمتيطي وهو المشهور عن مالك، وتأول ابن أبي زيد المدونة على ذلك.

ومن فروعها: الخلاف في صحة بيع السلعة على أن يتجر المشتري للبائع بثمنها سنة، والخلاف في صحة الإجارة على أن يتجر له بمائة سنة ولم يشترط الخلف ولا عدمه، فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: يصح البيع و الإجارة في المسألتين، وهو قول سحنون، قال: والحكم يوجب الخلف.

ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون وأصبغ، وبه أقول ابن يونس، وهو أصوب عندي؛ لأن الأشياء المستأجر عليها لا تتعين، وعلى أن العقد المبهم يحمل على الفساد: يفسد البيع والإجارة في المسألتين، وهو قول ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في صحة كراء الطعام إلى بلد بنصفه، ولم يشترط نقده في الحال ولا تأخيره.. فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: يصح العقد، وهو قول أشهب وابن حبيب وسحنون، وعلى أن العقد المبهم يحمل على الفساد: يفسد العقد وهو قول ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في صحة بيع الثياب المسمى لكل واحد منها ثمنه إذا لم يشترط مشتريها عند البيع الرجوع عند العيب أو الاستحقاق.. بالمسمى أو القيمة، فعلى أن العقد المبهم يحمل على الصحة: يصح البيع وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، ورواه عن مالك، وقاله سحنون واصبغ، وعلى أن العقد المبهم يحمل على الفساد: يفسد البيع وهو رواية لابن القاسم عن مالك أيضا. كما في التوضيح عن البيان.

هــل ظهْــرُ الارضِ ملْكُــه يَــستلزِمُ ملْكــاً لبطْنهــا خــلافٌ يُرسَــمُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في ملك ظهر الأرض هل يستلزم ملك بطنها؟، أم لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في الركاز لمن هو إذا وجد في أرض مملوكة، فعلى أن ملك ظاهر الأرض يستلزم ملك باطنها: يكون باقي الركاز بعد التخميس لمالك الأرض، وهو المشهور، وعلى أن ملك ظاهر الأرض لا يستلزم ملك باطنها: يكون باقي الركاز لواجده، وهذا إذا كان ملك الأرض بإحياء، وأما إذا كان بشراء فالركاز لبائعها.

ومن فروعها: الخلاف في تناول الشراء للأرض المدفون فيها من حجارة كرخام، فعلى أن ملك ظاهر الأرض يستلزم ملك باطنها: يتناول الشراء للأرض المدفون فيها من حجارة أو غيرها، فيكون للمشتري، وعلى أن ظهر الأرض لا يستلزم ملك باطنها: لا يتناول شراء الأرض المدفون فيها، بل يكون لبائع الأرض إذا كان معلوما وادعاه، وكان غير عالم به وأشبه أن يملكه هو أو من ورثه، وإلا بأن جهل بائع الأرض فلقطة، أو ركاز أي فإن علم أنه لمسلم فلقطة، أو لذمي فركاز، وأما ما تخلق في الأرض من المعادن والحجارة فإنه يتناوله الشراء اتفاقا فيكون للمشتري.

ومن فروعها: الخلاف في تناول شراء الأرض للبذر المدفون فيها.. فعلى أن ملك ظاهر الأرض يستلزم ملك باطنها: يتناول الشراء البذور، وهو المشهور، وعلى أنه لا يستلزم ملك باطنها: لا يتناول البذر، وأما الزرع الخارج فلا يتناوله الشراء اتفاقا، بل يكون لبائع الأرض.

تنبيه: إنما خص الخلاف بباطن الأرض؛ لأن من ملك أرضا ملك أعلاها بلا خلاف.

قال في إيضاح المسالك: ولا يخرج عنه إلا خراج الرواشي، والاجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين إذا لم تكن مسندة إلى السفل؛ لأن الأفنية هي الموات الذي كان قابلا للإحياء، وإنما منع الإحياء فيه لضرورة السلوك وربط الدواب وغير ذلك، ولا ضرورة في الهواء فيبقى على حاله مباحا في السكة النافذة.

هل العريةُ بالاعطا تُملَكُ أو بكمالِها خلافٌ يُدرَكُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في العربية هل تملك بنفس الإعطاء؟، أو لا تملك إلا عند كمالها؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيمن عليه سقى العرية وزكاتها.. فعلى أن العرية تملك بمجرد الإعطاء: تكون زكاتها وسقيها على المعرى -بالفتح-، وبه قال أشهب إلا أن يعريه بعد الزهو، وعلى أنها لا تملك إلا بعد كمالها: تكون زكاتها وسقيها على رب الحائط، وهو المشهور.

هل حكمُ متبوعٍ لتابعٍ بُذلْ أو حُكمُ نفسه خلافٌ قد نُقلْ

يعني أنه قد نقل عن الفقهاء الخلاف في التابع هل له حكم متبوعه؟، أو حكم نفسه؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز بيع المصحف أو الخاتم أو الثوب أو السيف المحلى بأحد النقدين.. الذي لو سبك خرج منه عين.. إذا كانت الحلية تبعا بأن كانت ثلث قيمة المحلى فأقل.. بصنف التابع من العين، فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يجوز بيع المحلى بصنف الحلية من العين معجلا كان أو مؤجلا، وعلى أن التابع له حكم نفسه: يمنع بيعه بنصف الحلية من العين معجلا كان أو مؤجلا والمشهور الجواز في المعجل، ومقابله لابن

عبد الحكم، والمشهور في المؤجل المنع، ومقابله لسحنون وأشهب، ولمحمد قول ثالث بالكراهة في حال التأجيل.

ومن فروعها: الخلاف في الثمار التي أبر أكثرها.. لمن هي إذا بيع أصلها؟، فعلى أن التابع له حكم المتبوع تكون الثمار كلها لبائع الأصل، وهو المشهور، وعلى أن التابع له حكم نفسه: يكون المؤبر منها للبائع، وغير المؤبر للمشتري، وهو مروي عن مالك، وأما لو كان المؤبر النصف فلكل حكمه.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا استحق الأكثر من المثلي.. هل يكون للمشتري الخيار في رد الجميع.. بناء على أن التابع له حكم المتبوع وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، وعلى أن التابع له حكم نفسه يلزم المشتري التمسك بالباقي بحصته من الثمن وهو قول أشهب؟.

ومن فروعها: الخلاف في الشاة المخرجة عن خمس من الإبل إذا كان جل غنم المالك معزا، وجل غنم البلد ضأنا.. هل يجب إخراجها من الضأن.. بناء على أن التابع له حكم المتبوع فلا تعتبر غنم المالك، وهو المشهور، ومذهب المدونة؟، أو يجوز إخراجها من معز المخرج مع أن غنمه أقل من غنم البلد.. بناء على أن التابع له حكم نفسه فيكون المعتبر غنم المالك؟، وبه قال ابن حبيب نص عليه ابن سحنون في كتابه، واختار اللخمي أن الأمر في ذلك واسع.. يخرجها إما من كسبه، وإما من كسب أهل البلد.

ومن فروعها: الخلاف فيما تخرج منه الزكاة إذا اجتمع نوعان من الماشية، وكان أحدهما أكثر، ووجب فيه شاتان، فعلى أن التابع له حكم المتبوع: تخرج الزكاة من الأكثر مطلقا أي سواء كان الأقل نصابا غير وقص، أم لا، وبه قال سحنون، وعلى أن التابع له حكم نفسه: تخرج من كل منهما إذا كان الأقل نصابا غير وقص، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في زكاة الحلي المرصع بجوهر إذا كان في نزعه ضرر، وكان أحدهما تبعا للآخر، بأن كانت العين تبعا للجوهر.. فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يكون حكمه حكم العرض فيزكى زكاته، وعلى أن التابع له حكم نفسه يزكى وزن العين تحريا، ويزكى

الجوهر زكاة العروض، وهذا هو المشهور، ومذهب المدونة، وإذا كان الجوهر تبعا للعين بأن كان خمسين والعين مائة وخمسون.. فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يزكي الجميع زكاة العين، وعلى أن التابع له حكم نفسه يزكي العين بالوزن تحريا، والجوهر بالقيمة، وهو المشهور، وفي العتبية والموازية: هو جميعه كالعرض يزكيه المحتكر إذا باعه وقد مر عليه حول، ويقومه المدير كل عام.. سواء كان الحلي تبعا أو متبوعا.

ومن فروعها: الخلاف في زكاة الزرع المسقي بالآلة والسيح، وكان السقي بأحدهما أكثر منه في الآخر، بأن كان المسقي بالآلة أكثر.. فعلى أن التابع له حكم متبوعه، يخرج من الجميع نصف العشر، وهو المشهور عند ابن شأس، وعلى أن التابع له حكم نفسه يخرج من المسقي بالآلة نصف العشر، ومن المسقي بالسيح العشر، وهذا هو الأظهر، وإن كان المسقي بالسيح هو الأكثر، فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يخرج من الجميع العشر، وعلى أن التابع له حكم نفسه: يكون كل منهما على حكمه، فيخرج من المسقي بالسيح العشر، ومن المسقي بالآلة نصف العشر، وشهر كل منهما.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا اجتمع لشخص احتكار وإدارة في ماله، وكان المحتكَر أكثر من المدار، فعلى أن التابع له حكم متبوعه يزكي جميع المال زكاة الاحتكار، وعلى أن التابع له حكم نفسه: يكون كل منهما على حكمه، فيزكى الأكثر المحتكر فيه زكاة الاحتكار، ويزكى الأقل المدار زكاة الإدارة، وهذا القول هو المشهور، وأما إذا كان المدار هو الأكثر، فإنه يزكي الجميع زكاة إدارة اتفاقا، وتأول ابن لبابة المدونة على إعطاء الجميع حكم الإدارة مطلقا.. احتكر الأقل أو الأكثر.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا ثبت أكثر الغرس أو أقله.. فهل للغارس في الوجه الأول حقه فيما ثبت وما لم يثبت.. بناء على أن التابع له حكم متبوعه؟، أو إنما له حقه فيما ثبت فقط.. بناء على أن التابع له حكم نفسه؟، وهل يبطل حقه في الجميع في الوجه الثاني.. بناء

على أن التابع له حكم متبوعه؟، أو إنما يبطل حقه فيما لم يثبت، وله حقه فيما ثبت.. بناء على أن التابع له حكم نفسه؟. والقول الأول لابن القاسم وسحنون.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا أطعم أكثر الغرس.. فهل يسقط العمل عن الغارس.. بناء على أن التابع له حكم متبوعه؟، أو لا يسقط عنه العمل.. بناء على أن التابع له حكم نفسه؟، الأول لابن حبيب.

قال المتيطي: وإن غارسه إلى الإثمار فأثمر بعض الشجر، ولم يثمر بعضها.. فقال ابن حبيب: إن كان الذي أثمر أكثر كان الباقي تبعا له.. يريد ويقتسمان الجميع، ومثله عن ابن القاسم، قال: وإن ثبت اليسير وبطل الجل فلا شيء للعامل فيما ثبت، وقاله سحنون.

قال بعضهم: إلا أن يكون الطعم إلى ناحية من الأرض، فيقسم بينهما، وتبطل المغارسة فيما سواه، وروى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: إذا مات النخل كله إلا ثلاث نخلات.. فهي بينهما، وبقيت الأرض لربها.

قال ابن حبيب: واذا أثمر النصف من الغرس وكان إلى ناحية من الأرض.. كانت بيهما، وسقط عن العامل العمل فيها، ولزمه العمل في الباقي حتى يثمر، وإن كان مختلطا لزمه في الباقي حتى يثمر السقي والعمل في الجميع حتى يثمر كله أو جله، وتكون ثمرة ما أثمر بينهما.. قلّت أو كثرت، وإن حيي بعض غرسه، ومات البعض، فما مات منه بعد بلوغ القدر الذي اشترطاه فهو بينهما، وما مات قبل ذلك فلا شيء للعامل فيه، وحقه باق فيما بلغ.. قلّ أو كثر.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا أخذ المساقي أكثر الحائط.. فهل يسقط عنه سقي الباقي.. بناء على أن التابع له حكم متبوعه؟، أو يبقى عليه سقى الأقل.. بناء على أن التابع له حكم نفسه؟، في ذلك قولان.

قال السجلماسي: والذي وقفت عليه الآن في هذا قول المتيطي: وعلى العامل سقي الحائط كله وإن جذ بعضه، أو كان أصنافا من الشجر فتأخر صنف منه حتى يفرق من جميعه ويرده إلى ربه، وقال مطرف، كلما جذ صنفا منه نقص سقاؤه.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا كان بالحائط أنواع مختلفة.. حل بيع الأقل منها.. هل يجوز مساقاة جميعها.. بناء على أن التابع له حكم متبوعه؟، أو لا يجوز ادخال الأقل في المساقاة؛ لأنه حل بيع.. بناء على أن التابع له حكم نفسه؟، قاله السجلماسي.

والذي وقفت عليه هو الجواز، وقاله في الموازية.

ومن فروعها: الخلاف في جواز الإجارة على الإمامة تبعا للأذان فعلى أن التابع له حكم متبوعه: تجوز الإجارة على الإمامة تبعا للأذان وهو المشهور، وعلى أن التابع له حكم نفسه لا تجوز الإجارة عليها تبعا للأذان، وبه قال ابن حبيب.

ومن فروعها: الخلاف في سقوط بعض الصداق عن الزوج إذا تزوج المرأة ظانا أن لها مالا، فدفع لها في الصداق لذلك أي لأنها تسوق إلى بيتها من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به، فجاء الأمر بخلاف ذلك، فعلى أن التابع له حكم متبوعه لا يسقط عنه من الصداق شيء في مقابلة ذلك، وعلى أن التابع له حكم نفسه يسقط عنه من الصداق ما زاد لأجل يسارها.

قال ابن غازي: وهو الأصح عندنا إذ كان المقصود من الجهاز في حكم التبع لاستباحة البضع.. كمن اشترى سلعتين فاستحقت أدناهما، فإن البيع ينتقض في قدر المستحقة، وقبله ابن عتاب، والحجة في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لمالها».

ومن فروعها: الخلاف في الذي تخرج منه زكاة الفطر إذا كان جل عيش المخرج لها مخالفا لجل عيش أهل البلد، فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يجب إخراجها من جل عيش أهل البلد، وهو المشهور، وعلى أن التابع له حكم نفسه: يجب إخراجها من جل عيش المخرج لها وعيش عياله، وبه قال أشهب وابن المواز إذا لم يشح على نفسه وعليهم، واختاره ابن العربي، وقال اللخمي إن شاء أخرج من قوته، أو من قوت البلد الذي هو فيه.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من تصدق أو حبس دورا على الأصاغر من بنيه وحاز لهم الأكثر.. فهل يصح الجميع.. بناء على أن التابع له حكم متبوعه، فيتبع الأقل غير المحوز.. الأكثر المحوز له، ويبطل الأقل الذي لم يحز.. بناء على أن التابع له حكم نفسه، وإذا حاز لهم الأقل فهل يبطل الجميع.. بناء على أن المتبوع له حكم متبوعه؟، أو يصح الأقل المحوز فقط، ويبطل الأكثر غير المحوز بناء على أن التابع له حكم نفسه.

قال المتيطي: وإن كان الحبس على من في حجره بدور في حبس واحد، وسكن واحدة منها وأكرى باقيها لهم، فإن كانت التي سكن ثلث الجميع فأقل نفذ الحبس في الجميع، وان كانت أكثر من الثلث بطل في الجميع، وهذا مذهب المدونة، وبه الحكم، وقال مطرف وابن الماجشون: يبطل ما سكن منها، ويصح ما لم يسكن.. قليلا كان أو كثيرا.. كان ما تصدق به دارا، أو دورا. وقال أصبغ: إن كان دورا بطل ما سكن منها ويصح غيرها، بخلاف دار واحدة فإنه ينظر إلى ما سكن منها، فإن سكن يسيرا جازت كلها وان سكن الأكثر بطل ما سكن منها وجاز باقيها.

وفي المدونة على نقل المواق: وإن سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلّها وأكرى لهم باقيها نفذ لهم ذلك فيما سكن وما لم يسكن، ولو سكن الجل وأكرى لهم الأقل.. بطل الجميع.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع النحل بالعسل إلى أجل يكون فيه للنحل عسل، وبيع الشاة باللبن إلى أجل يكون فيه للشاة لبن، وبيع الدجاجة بالبيض إلى أجل يكون فيه للدجاجة بيض، وبيع النخل بالتمر إلى أجل يكون فيه للنخل تمر، فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يجوز البيع في المسائل الأربع، وعلى أن التابع له حكم نفسه: لا يجوز البيع فيها لأجل المزابنة.

قال ابن رشد: فإذا باع شيئا بما يتولد منه مع بقاء عينه إلى أجل، فذلك على وجهين: أحدهما: أن يكون أصل المتولد منه موجودا حال العقد. والثاني: أن لا يكون فيه حال العقد

وإنما يحدث بعده، الأول كأن يبيع شاة لبونا بلبن إلى أجل، ويتحصل فيه أربعة أقوال: أحدها: أن ذلك لا يجوز.. كانت الشاة هي المعجلة أو المؤجلة، وهو قول مالك هنا، وظاهر ما في المدونة. والثاني: أن ذلك جائز.. سواء كانت الشاة هي المعجلة أو المؤجلة، وهو قول ابن القاسم في سماع ابن أبي زيد، وهو أظهر الأقوال.. بدليل اتفاقهم على بيع الشاة باللبن نقدا، أو بالطعام نقدا أو إلى أجل. والثالث: أن ذلك جائز إذا كانت الشاة هي المؤجلة، وغير جائز إذا كانت هي المعجلة، وبه قال ابن القاسم، واختاره سحنون، وهو مذهب ابن حبيب، وهو ضعيف. والرابع أن ذلك جائز إذا كانت الشاة هي المعجلة، وغير جائز إذا كانت هي المؤجلة، وهو قول أشهب، ووجهه أن اللبن إذا كانت الشاة معجلة ملغي في حكم التبع؛ لاحتمال أنهما لم يقصداه، وإذا كانت مؤجلة علم أنهما قصداه؛ إذ قد شرطاه، وأما إذا لم يكن الشيء موجودا فيه حال العقد وإنما يحدث بعده مثل أن يبيع شاة لا لبن فيها بلبن إلى أجل يكون فيه للشاة لبن، أو دجاجة لا بيض فيها ببيض إلى أجل يكون فيه للدجاجة بيض، أو ذباب نحل لا عسل فيه بعسل إلى أجل يكون فيه للذباب عسل، أو نخلا لا تمر فيه بتمر إلى أجل يكون فيه للنخل تمر.. ففي ذلك قولان: أحدهما: أن ذلك جائز، وهو قول ابن حبيب في الواضحة في المسائل كلها، وقول ابن القاسم في رسم حبل الحبلة. والثاني: أن ذلك لا يجوز وهو لابن القاسم، وروايته عن مالك في رسم نقدها من سماع عيسى، وأما إذا لم يكن للشاة لبن، أو للنخل تمر، أو للنحل عسل، أو للدجاج بيض.. إلى ذلك الأجل فلا اختلاف في أن ذلك جائز، وبالله التوفيق.

ومن فروعها: الخلاف في جواز شراء العبد واشتراط ماله، والنخل واشتراط تمره المؤبر، والأرض واشتراط الزرع المؤبر، فعلى أن التابع له حكم متبوعه: يجوز ذلك وهو المشهور، بل لا أعلم فيه خلافا، وعلى أن التابع له حكم نفسه: لا يجوز ذلك، ولم أقف على هذا القول لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته لبيان كيفية اقتضاء القاعدة له، وإنما الذي وقفت عليه:

الخلاف في جواز اشتراط المشتري لبعض مال العبد والثمر والزرع.. في شرائه العبد والنخل والأرض، والمشهور وهو قول مالك: المنع، والجواز قول أشهب.

وهل لتابعٍ نصيبٌ في الثمنْ		أو هو لغوٌ ما له حظٌّ يَعنْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في التابع.. هل له حظ من الثمن في البيع؟، أو لا حظ له منه فهو لغو؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز رهن الغرر كالآبق والشارد في البيع.. فعلى أن التابع له حظ من الثمن: لا يجوز رهن الغرر، وعلى أن له حظ من الثمن يجوز رهنه. ابن رشد: وهو المشهور. والقولان قائمان من المدونة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز اشتراط مشتري العبد لماله في البيع حيث يشتري العبد بما لا يجوز أن يشترى به ماله استقلالا، كما لو بيع العبد وماله بدراهم، وماله فضة، أو بالعكس، أو بطعام ربوي وماله من جنس ذلك الطعام، أو بمطلق الطعام إلى أجل وماله طعام.. فعلى أن التابع له حظ من الثمن: يجوز ذلك، وهو المشهور؛ لخبر:«من باع عبدا وله مال فماله لبائعه إلا أن يشترطه المبتاع».

قال مالك: فإذا اشترط المبتاع في العقد مال العبد جاز.. قليلا كان أو كثيرا..معلوما أو مجهولا.. عرضا أو عينا.. نقدا و مؤجلا؛ إذ لا حصة له من الثمن، وعلى أن التابع له حظ من الثمن لا يجوز اشتراطه مال العبد حيث يشتري العبد بما لا يجوز أن يشترى به ماله استقلالا، وبه قال اللخمي.

هل قِلّةٌ بنفسِها تُعتبَرْ		أو بالإضافةِ إلى ما يَكثُرُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في القلة.. هل هي معتبرة في نفسها؟، أو لا تعتبر إلا بالإضافة إلى ما هو أكثر منها؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز اجتماع البيع والصرف إذا كان الجميع في دينار واحد، فعلى أن القلة تعتبر في نفسها: يجوز اجتماع البيع والصرف إذا كان الجميع في دينار

واحد مطلقا أي سواء كان البيع فيه تابعا للصرف، أم الصرف تابع للبيع، وهذا القول هو المشهور، وهو مذهب المدونة، وعلى أن قلة الشيء لا تعتبر إلا بالإضافة إلى ما هو أكثر منها: لايجوز اجتماع البيع والصرف إذا كان الجميع في دينار واحد إلا إذا كان أحدهما تابعا للآخر؛ بأن كان ثلثا فأقل، وقيل إلا إذا كان أحدهما كالدرهم، وهذا القول لعبد الوهاب. ولابن القاسم قول رابع في الموازية وهو أنه يجوز اجتماعهما في الدينار إذا كان الصرف تابعا، ولا يجوز إذا كان البيع تابعا.

فصل فيما يتعلق بمسائل من المديان والتفليس والوكالة والشفعة والقراض والمساقاة والجعل وتضمين الصناع:

هل قبضُ مملوكٍ كقبضِ مَن مَلَكْ أو لا خلافٌ بينهمْ قد انسلَكْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في قبض المملوك هل هو كقبض المالك؟، أم لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في اختصاص مكري الدابة أو السفينة أو الأرض بالمحمول أو الزرع في فلس المكتري أو موته، فعلى أن قبض المملوك كقبض المالك: يختص المكري بالمال المحمول على دوابه أو سفينته والزرع النابت في أرضه دون سائر الغرماء، وعلى أن قبض المملوك ليس كقبض المالك: لا يختص المكري بما ذكر، بل يكون أسوة الغرماء، والأول هو المشهور، ومذهب المدونة، ففيها قال مالك: والمكري على حمل متاع من بلد إلى بلد هو أولى به في الموت والفلس.. سواء أسلم دوابه إلى المكتري، أو كان معها ورب المتاع معه، أو لا، وهو كالرهن.

ابن حبيب: وهذا ما دام المتاع بيده؛ وإلا لم يكن أحق به كالصناع.

قال في التوضيح: ابن يونس: وفي العتبية والسفن كالدواب. وقيل إن الجمال لا يكون أحق بالمحمول إلا في الفلس فقط.

وقال في التوضيح: مذهب ابن القاسم وأصبغ أن مكري الأرض أحق بالزرع في الموت والفلس. ووجهه: أن الزرع إنما نشأ عن الأرض فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز

صاحبها.. فكان بمنْزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي في يد بائعها، وقيل مكري الأرض وساقيها يتحاصان فلا تبدئة لأحدهما، وقيل الأجير مقدم على مكري الأرض وساقيها، وقيل هما أسوة الغرماء.

ومن فروعها: الخلاف في ثبوت الأجرة للنساج والصانع على رب الغزل والشيء المصنوع إذا ضاع بعد النسج وتمام الصنعة، وثبت ضياعه بالبينة، فعلى أن قبض المملوك كقبض المالك: تثبت الأجرة للنساج والصانع على رب الغزل والمصنوع، وبه قال ابن المواز في المصنوع؛ لأن المصنوع قابض للصنعة، وقبضه كقبض ربه، وعلى أن قبض المملوك ليس كقبض المالك: لا تثبت الأجرة لهما. وبه قال ابن القاسم في المصنوع أيضا.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة الحائك يستأجر علىنسج غزل شقة أن يزيله من عنده غزلا سلفا ففعل ذلك، فعلى أن قبض المملوك كقبض المالك: تكون الشقة كلها للمستأجر، وعليه مثل غزل الأجير وأجرة مثله، وعلى أن قبض المملوك ليس كقبض المالك: يكون الأجير والمستأجر شريكين، وعليه للأجير أجرة مثله فيما ينوب حصته من المسمى. وهو لمحمد، وقيل هما شريكان، أو على المستأجر الأقل من المسمى وأجرة المثل فيما ينوب حصته.

وهل ثبوتُ النسخِ بالنُّزولِ أو إنما يَثبتُ بالوصولِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في حكم النسخ هل يثبت عند النُّزول أي عند وقوعه من الناسخ؟، أو إنما يثبت عند وصوله للمنسوخ؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في مضي تصرف الوكيل وعامل القراض بعد موت الموكل ورب المال، أو عزلهما للوكيل والعامل ولم يعلما بالموت أو العزل، فعلى أن حكم النسخ يثبت بمجرد وقوعه: يبطل تصرفهما بعد الموت أو العزل وقبل العلم بذلك، وهو مذهب مالك في الوكيل، وهو المشهور فيه، وفي عامل القراض، وعلى أن حكم النسخ لا يثبت إلا بعد الوصول أي وصول العلم به للمنسوخ: يمضي تصرف الوكيل وعامل القراض بعد موت الموكل ورب المال أو عزلهما لهما وقبل علمهما بذلك، وهو مذهب الحنفية.

وهل لجُزءٍ شائعٍ تَعيُّنُ ... في الحكمِ في ذاك خلافٌ بَيِّنُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الجزء الشائع هل يتعين في الحكم؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم العتق لمن حلف بعتق شقص له في عبد إن فعل كذا، فباعه لغير شريكه، ثم ابتاع شقص شريكه، ثم فعل المحلوف عليه، فعلى أن الجزء الشائع يتعين: لا يعتق عليه ويكون كعبد آخر، وهو المشهور، وعلى أنه لا يتعين يعتق عليه، وهذا القول لم أقف عليه منصوصا لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته لبيان كيفية اقتضاء القاعدة له.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من غصب جزءا مشاعا لشخص في مشترك، فعلى أن الجزء المشاع يتعين: يختص الغصب بالمقصود بالغصب، وهو المختار. قال ابن أبي زيد: لأنه أشبه بالقياس، وعلى أن الجزء المشاع لا يتعين: يسر الغصب لجميع المشترك، فيدخل المغصوب منه مع شريكه في نصيبه، وصحح هذا القول ابن أبي زيد والغبريني وابن ناجي، وعلى القول الأول بأن الغصب يختص بالجزء المشاع المقصود به.. فهل لشريكه الآخر أن يكري نصيبه ويبيعه ويقاسم؟، أو لا؟.. أجاب ابن أبي زيد أنه لا سبيل له إلى القسم، وله أن يبيع نصيبه ويكريه، وقد اختلف في الكراء والثمن هل للمغصوب منه فيهما مدخل، فقيل إنه يدخل معه فيهما؛ إذ لم يتميز نصيب المغصوب منه، وقيل لا مدخل له معه إذ غرض الغاصب هذا دون هذا، وهو أشبه بالقياس.

ومن فروعها: الخلاف في هبة الجزء المشاع ورهنه وتحبيسه، فعلى أن الجزء المشاع يتعين: يجوز رهنه وهبته وتحبيسه، وهو المشهور، وعلى أنه لا يتعين: لا يجوز فيه ما ذكرنا.

ومن فروعها: أيضا الخلاف في مسألة من باع نصف عبد يملك جميعه، ثم استحق النصف الباقي.. هل يجري الاستحقاق في النصف المبيع مع النصف الباقي.. بناء على أن الجزء المشاع لا يتعين، أو إنما يقع الاستحقاق في الباقي، والبيع منعقد في النصف المبيع، والأول هو مذهب المدونة، والثاني لأشهب وسحنون.. قال: وغيره خطأ.

ومن فروعها: الخلاف في إجزاء الزكاة لمن غلب عليه الخوارج المتأولون فأخذوا منه الزكاة قهرا.. فعلى أن الجزء الشائع يتعين: تجزؤه ولا يلزمه إخراجها ثانيا، وهو المشهور، ومذهب المدونة، وعلى أن الجزء الشائع لا يتعين: لا تجزئه بل تؤخذ منه ثانيا.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من ساق إلى زوجته نصف أملاكه مشاعا.. ثم باع جزءا منها.. فهل يكون البيع شائعا في الجميع، وللمرأة أن ترجع في نصف المبيع مطلقا أي سواء كان المبيع نصفا أو أكثر.. بناء على أن الجزء المشاع لا يتعين وبه أفتى ابن القطار؟، أو إنما يكون للمرأة الرجوع في الزائد على النصف إذا باع أكثر منه، وأما إذا باع النصف فأقل فلا كلام لها في الشفعة.. وهذا بناء على أن الجزء المشاع يتعين، وبه أفتى ابن عتاب؟.

وهل لِما بذمةٍ تَقَرَّرَا تَعَيُّنٌ أو لا خلافٌ ذُكِرَا

يعني أن الفقهاء اختلفوا فيما تقرر في الذمة هل يتعين؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في براءة ذمة من غصب منه دين عليه لشخص، وصرح له الغاصب بأنه إنما غصب منه دين ذلك الشخص.. ثم جاءه رب الدين يطلب منه دينه فاحتج المدين بأنه غصب منه، فعلى أن المتقرر في الذمة يتعين: تبرأ ذمة المدين بغصب الدين منه، ولا شيء لرب الدين عليه، وعلى أن ما تقرر في الذمة لا يتعين لا تبرأ ذمة المدين من الدين بغصب الغاصب له، وبه أفتى الإمام أبو عثمان العقباني، وهو الذي يظهر من كلام القرافي في الفرق السابع والثمانين. ونصه: اعلم أن المعينات الشخصية في الخارج المرئية بالحس لا تثبت في الذمم؛ ولذلك من اشترى سلعة معينة فاستحقت انفسخ العقد، ولو استأجر منه حمل هذا المتاع من غير تعيين دابة، أو على أن يركبه إلى مكة من غير تعيين مركوب معين.. فعين له لجميع ذلك دابة للحمل أو لركوبه فعطلت واستحقت.. رجع يطالبه بغيرها؛ لأن المعقود عليه غير معين، وهو الظاهر أيضا من كلام أبي عبد الله المقري في قواعده، ونصه: المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معينا.

هل يُنقلُ الحكمُ إذا القصدُ نُقِلْ مع بقا اليدِ خلافٌ قد قُبِلْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحكم هل ينتقل بانتقال القصد أي النية مع بقاء اليد على حالها؟، أم لا؟.

ومن فروع القاعدة الخلاف في مضي بيع الوكيل من نفسه بثمن المثل، فعلى أن الحكم يتبدل بتبدل النية مع بقاء اليد على حالها: يمضي البيع، وينقل ملك الموكل عن المبيع إلى الوكيل، وعلى أن الحكم لا ينتقل بانتقال النية: لا ينتقل ملك الموكل عن المبيع إلى الوكيل.

ومن فروعها: الخلاف في صحة حوز الوصي لنفسه إذا أسلف ليتيمه الذي في حجره مالا.. واعتقد بقاء مال اليتيم بيله رهنا فيما أسلفه، فعلى أن الحكم ينتقل بانتقال النية مع بقاء اليد على حالها: يصح حوزها لنفسه، ويصير مال اليتيم رهنا بيله إذا أشهد على ذلك، وبه قال أشهب، وعلى أن الحكم لا ينتقل بانتقال النية مع بقاء اليد على حالها: لا يصح الحوز بذلك، وبه قال ابن القاسم.

والاخذُ بالشفْعةِ بيعٌ في الأصحُ وقيل الاستحقاقُ فيه قد وَضحْ

يعني أن الأخذ بالشفعة بيع، وقيل إنه استحقاق لا بيع.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في البذر في الشقص المشفوع فيه إذا كان أرضا والبذر لم ينبت.. وكان الباذر البائع، فعلى أن الشفعة من قبيل البيع: يكون البذر للشفيع على القول بالشفعة في الزرع، وعلى القول بأن لا شفعة في الزرع -وهو المشهور- لا يأخذ الشفيع الأرض.. خاصة بالشفعة حتى يبرز الزرع؛ إذ لا يصح للرجل أن يبيع أرضا ويستثني البذر، وعلى أن الأخذ بالشفعة من قبيل الاستحقاق يأخذ الأرض خاصة بما ينوبها من الثمن، وإن كان الباذر المبتاع شفع الشفيع في الأرض بالثمن.. بناء على أن الأخذ بالشفعة من قبيل الاستحقاق ويبقى البذر لباذره، وعلى أنه من قبيل البيع لا يشفع إلا بعد بروز الزرع كما ذكر، وقيل يأخذه مع الأرض بقيمته على الرجاء والخوف بمنْزلة السقي والعلاج في الثمرة، وإن كان الباذر غيرهما من مكتري ونحوه بقي البذر لباذره، وشفع الشفيع في الأرض بجميع الثمن من غير إشكال.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من ابتاع شقصا من دار وعروضا في صفقة واحدة بثمن، وكان الشقص جل الصفقة، ثم شفع فيه، فعلى أن الأخذ بالشفعة بيع: لم يكن للمبتاع رد العروض على البائع، وعلى أن الأخذ بالشفعة استحقاق: يكون للبمتاع رد العروض على البائع؛ إذ لا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره، والأول مذهب المدونة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز أخذ الشفيع بالشفعة في هذه المسألة قبل أن يعرف ما ينوب الشقص عن الثمن، فعلى أن الأخذ بالشفعة من قبيل البيع: لا يجوز له الأخذ بها حتى يعرف ما ينوب الشقص من الثمن، وعلى أنه من قبيل الاستحقاق: يجوز له ذلك، والأول اختيار عبد الحق، والثاني اختيار اللخمي، وبه قال ابن القاسم.

ومنها: الخلاف في جواز أخذ الشقص المخالع به أو المدفوع صداقا بالشفعة قبل معرفة قيمته، فعلى أن الأخذ بالشفعة بيع: لا يجوز أخذه بها قبل معرفة قيمته، وبه قال أشهب، وعلى أنه استحقاق: يجوز أخذه بها قبل معرفة قيمته، وبه قال ابن القاسم، وهذا الخلاف في الشقص المدفوع صداقا.. مبني على المشهور من مذهب مالك من أن الشفعة فيه بقيمته، وقيل إن الشفعة فيه بصداق المثل.

ومن فروعها: الخلاف في مسألة من اشترى دارا ثم شفع في شقص منها بعد أن نقضها المبتاع وباع النقض، فعلى أن الأخذ بالشفعة بيع يفوت النقض بالبيع، ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن، وعلى أنه استحقاق: لا يفوت النقض بالبيع.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا ثبت الشفعة للمفلس في شقص.. وكان فيها ربح.. هل يلزمه الأخذ بها.. بناء على أن الأخذ بالشفعة استحقاق؟، أو لا يلزمه الأخذ بها.. بناء على أنها بيع؛ إذ لا يلزم بالتجر والتكسب؛ ولأن العهدة تلزمه. قاله في إيضاح المسالك.

هَلْ بيعٌ القسمةُ أم تَمييزُ حقْ فِي ذا خلافٌ بينهمْ قدْماً سبَقْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في القسمة هل هي بيع؟، أو تمييز حق؟، والخلاف بينهم في ذلك سابق قدما.

والقــولُ بــالبيعِ لقــسمةِ الرِّضــى إن كــانَ بــالتقويمِ هــو المرتــضَى

يعني أن القول بأن القسمة بيع هو القول المرضي في قسمة المراضاة إذا كانت بعد التقويم والتعديل، ومقابله وهو القول بأنها تمييز حق ضعيف فيها.

وشَهروا التمييــزَ فــي ذي الاقتــراعْ وغيــرُ ذيْــنِ بيعــة بــلا نــزاعْ

يعني أن الفقهاء شهروا القول بأن القسمة تمييز حق في القسمة ذات الاقتراع أي قسمة القرعة، ومقابله وهو القول بأنها بيع ضعيف، وغير ذين من أنواع القسمة وهو قسمة المراضاة بلا تقويم ولا تعديل، فإنها بيع بلا نزاع أي بلا خلاف بين الفقهاء.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز قسم الورثة أضحية موروثهم الذي مات بعد ذبحها.. فعلى أن القسمة تمييز حق: يجوز لهم قسمها، وعلى أنها بيع: لا يجوز لهم قسمها، والأول رواية مطرف وابن الملجشون عن مالك، وعيسى عن ابن القاسم، والثاني مذهب الموازية. وقال الحطاب: لهم قسمها بالقرعة لا بالتراضي؛ لأن القرعة المشهور فيها أنها تمييز حق.

ومن فروعها: الخلاف في جواز قسمة شركاء المعدن لما استخرجوا منه بالكيل قبل التصفية، فعلى أن القسمة تمييز حق: يجوز ذلك، وعلى أنها بيع: لا يجوز قسمه للشك في التماثل؛ لأنه قد يصفوا لأحدهما أكثر مما يصفو للآخر أو أقل.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا اقتسم الشريكان الثمرة على رؤوس الشجر ثم أجيح ما أخذه أحدهما.. فعلى أن القسمة تمييز حق: لا يوضع عنه بسبب الجائحة بشيء، وعلى أنها بيع يوضع عنه بسببها، وهو ظاهر قول ابن القاسم.

تنبيه: قال المنجور: قال بعض الشيوخ: يظهر لي أن الخلاف في القسمة هل هي بيع؟، أو تمييز حق؟، مبني على الخلاف في الجزء.. هل يتعين؟، أو لا؟، فمن قال إن الجزء المشاع يتعين.. قال إنها تمييز حق، ومن قال إن الجزء المشاع لا يتعين فهي عنده بيع.

هــل ليــدِ واحــدةٍ تَــصرُّفُ بــالقبضِ والــدفعِ خــلافٌ يُعــرَفُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في اليد الواحدة هل لها تصرف بالقبض والدفع معا؟، أو ليس لها ذلك؟.

ومن فروع القاعدة الخلاف في جواز بيع الوكيل و شرائه لنفسه الشيء الموكل عليه، فعلى أن لليد الواحدة التصرف بالقبض والدفع يجوز ذلك وعلى أنها ليس لها ذلك لا يجوز للوكيل ذلك وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في بيع الأب واشترائه من مال محجوره، فعلى أن اليد الواحدة لها التصرف بالقبض والدفع معا: يجوز ذلك، وهو المشهور إذا كان بثمن المثل وكان سدادا، وعلى أنها ليس لها ذلك: لا يجوز للأب ما ذكرنا؛ إذ قال السجلماسي في شرحه على تكميل المنهج ما نصه: ولم أر خلافا في جواز بيع الأب وابتياعه لنفسه وهو مقيد بما إذا لم يظهر سوء النظر في بيع أو ابتياع، وهو في الابتياع منه محمول على النظر حتى يثبت خلافه، وفي البيع منه على العكس.

ومن فروعها: الخلاف في جواز شراء الوكيل مال يتيمه، والخلاف في شفعته له فيما باعه من نفسه أو من يتيم له آخر، فعلى أن لليد الواحدة التصرف بالقبض والدفع معا: يجوز شراء الوصي من مال يتيمه، وتجوز شفعته له فيما باعه من نفسه أو من يتيم له آخر، وعلى العكس: لا يجوز له شراء ماله ولا الشفعة له.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع الأب أو الوصي الطعام الذي اشتراه لمحجوره من محجور له آخر، وقبضه على من اشتراه له بالقبض الأول أي قبل أن يقبضه قبضا ثانيا.. فعلى أن اليد الواحدة لها التصرف بالقبض والدفع معا: يجوز له ذلك ولا يدخله بيع الطعام قبل قبضه، وبالأول قال ابن شأس، وتبعه ابن الحاجب، وهو ظاهر السلم الثاني من المدونة، ففيه لمالك: إن اشتريت طعاما كلته لنفسك ورجل واقف على غير موعد فلا باس أن تبيعه منه على كيلك إن كان حاضرا، أو على تصديقك في كيله إن لم يكن حاضرا ولم يكن بينكما موعد، فقوله: "لا بأس أن تبيعه منه على كيلك" يريد أن كيلك السابق بشرائك

إياه يكفي في بيعك إياه من مشتريه منك عن كيله ثانيا، فيجوز له بيعه بذلك دون كيله إياه لحضوره وعلمه.. لا يريد أنه يكفي في شرائه لوضوح ذلك وامتناع السؤال عنه والاتفاق عليه.

قال ابن عرفة: فعلم المبتاع كيله بحضوره ودام علمه بعد شرائه يتنَزل منْزلة كيله إياه بعد شرائه فيلزم مثله في مسألتي الأب والوصي.

ابن يونس: قال محمد: وروي أنه لا يأخذه بحضور كيله ولا تصديقه فيه.

ابن عبد السلام: وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة، ولا سيما والصحيح في المذهب أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به، وأصول المذهب تدل على جريان الخلاف فيها والأقرب منعها.

قال ابن عرفة: قوله "وفي النفس شيء من ذلك". ليس كذلك؛ لوضوح جريه على قول المدونة المتقدم.

تنبيه: قال المنجور: ومن فروع القاعدة: الخلاف في بيع الطعام المقبوض على التصديق على ذلك القبض.

ومنها الخلاف في جواز اقتضاء السلم على تصديق المسلم إليه.

ومنها من قدر على عين ما غصب منه هل له أخذه؟.

ومنها المضطر في المخمصة إذا وجد طعام أجنبي فإنه يأخذه.

ومنها الملتقط يتملك اللقطة بعد السنة ضامنا لها.

ومنها تملك السارق ما سرق من دار الحرب.

قلت: فالجواز في هذه الصور مبني على أن اليد الواحدة لها التصرف بالقبض والدفع وهو المشهور، والمنع مبني على أن ليس لها ذلك.

وهل إلى أمانةٍ يخرجُ ما   بذمةٍ بالأمرِ خلفٌ رُسما

يعني أن الفقهاء اختلفوا فيما ثبت في الذمة.. هل يخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر أي أمر رب الدين للمدين بأن يأخذ من ذمته ويجعله في شيء؟، أو لا يخرج إلى الأمانة بذلك؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في ضمان المدين إذا قال له رب الدين الذي بذمته "كل لي طعامي الذي بذمتك واجعله في غرائرك". فقال "كلته" وضاع، ولم تقم بينة على الكيل، فعلى أن ما بالذمة يخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر: لا ضمان عليه، وعلى أنه لا يخرج للأمانة بمجرد الأمر، يضمن، والمشهور الضمان، وهو مذهب المدونة، وبه قال ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان من أمره رب الدين الذي بذمته أن يعمل به قراضا ففعل ثم ضاع، فعلى أن ما بالذمة يخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر: تبرأ ذمته وهو مذهب أشهب، وعلى أن ما بالذمة لا يخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر: لا يبرأ، وهو المشهور، وهو مذهب المدونة؛ إذ لا يجوز له أن يعمل فيه قراضا بمجرد الأمر؛ لما فيه من فسخ ما في الذمة في مؤخر أكثر منه.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في ضمان المدين إذا قال له رب الدين "اشتر لي بديني الذي بذمتك عبدا". فقال "اشتريته وأبق"، فعلى أن الدين يخرج من الذمة إلى الأمانة بمجرد الأمر: لا ضمان على المدين، وعلى أنه لا يخرج منها إلى الأمانة بالأمر: يضمن، وبالأول قال ابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في براءة مكتري الدار من الكراء إذا قال له ربها انفق الكراء في إصلاح الدار فقال انفقته، فعلى أن ما بالذمة يخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر: يبرأ المكتري من الكراء، وعلى أنه لايخرج إلى الأمانة بمجرد الأمر لا يبرأ إلا أن يكون بناء جديدا يشبه أن يكون قد أحدثه.

تنبيه: قال أبو عمران الصنهاجي في نظائره: وإذا كانت أمانة عند رجل فأنفقها ثم قال رددتها إلي موضعها ثم ضاعت، ففيها ثلاثة أقوال: قيل يصدق في ذلك، وهو مذهب ابن القاسم، ووجهه أنه أنفقها على وجه التأويل باعتقاد أنه يردها، فلا يخرجه ذلك من الأمانة

فوجب قبول قوله. وقيل إنه لا يصدق في ذلك؛ لأنها صارت دينا في ذمته، فلا تخرج منها بنيته، ووجه ذلك أنه بالتعدي خرج من الأمانة. وقيل يصدق في ذلك إن رده بإشهاد، وإن لم يشهد فلا يصدق. والمشهور الأول.

فرع: قال المنجور: عورضت مسألة الغرائر وهي مسألة السلم من المدونة بقول المدونة في الوكالة من أمر أن يشتري بما في ذمته لؤلؤا فقال اشتريته وضاع، فالقول قوله، والصحيح عند شيوخ المدونة أنه اختلاف قول؛ إذ لا فرق بين عمارة الذمة واخلائها، وفرق بعض القرويين بينهما بأن الضياع في مسألة اللؤلؤ إنما هو في عوض ما ترتب في الذمة. وفي مسألة الغرائب الضياع فيما ترتب في الذمة.

وهل يُردُّ فاسدُ المستثنى للأصلِ أو نوعٍ خلافٌ يُعنى

يعني أن الفقهاء اختلفوا في فاسد المستثنى من أصل فاسد إذا فسد.. هل يرد إلى أصله أي إلى صحيح أصله؟، أو يرد إلى صحيح نوعه؟، وذلك كالقراض فإنه مستثنى من الإجارة الفاسدة، فإذا فسد هو في نفسه بأن كان غير مستوف شرط القراض.. فهل يرد إلى أصله.. فتلزم فيه إجارة المثل؟، أو يرد إلى صحيح نوعه.. فيلزم قراض المثل؟، قولان. الأول مروي عن مالك، وبه قال ابن حبيب، وجماعة خارج المذهب، والثاني رواية أشهب، وقوله، وقول ابن الماجشون.

وكالمساقاة أيضا فإنها مستثناة من الإجارة الفاسدة، فإذا فسدت بأن لم تكن جامعة لشروط المساقاة.. فهل ترد إلى صحيح أصلها.. فتلزم فيها إجارة المثل؟، أو ترد إلى صحيح نوعها.. فتلزم فيها مساقاة المثل؟، في ذلك قولان، الأول هو الجاري على القول الأول في القراض، والثاني هو الجاري على قول أصبغ.

وكالجعل الفاسد فإنه مستثنى من الإجارة الممنوعة بجهل المحل، فإذا فسد في نفسه بأن لم يستوف شروط الجعالة.. فهل يرد إلى صحيح أصله.. فتلزم فيه أجرة المثل؟، أو إلى صحيح نوعه.. فيلزم فيه جعل المثل؟، قولان. والثاني رواية أصبغ عن ابن القاسم.

فصل في تقسيم الشروط:

هل شرطُ ما لا يُفسد العقدَ إذا خالفَ ما يُوجبُ حكمٌ نُبذا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشرط الذي لا يفسد العقد إذا كان مخالفا لما يوجبه الحكم إذا اشترط في العقد هل ينبذ الشرط؟، أو يعتبر؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيما إذا اشترط الزوج المخالع في عقد الخلع الرجعة.. فعلى أن الشرط الذي لا يفسد العقد المخالف لما يوجبه الحكم يعتبر: يعمل بشرطه وتكون له الرجعة، وعلى أنه لا يعتبر: لا تكون له الرجعة، وهو المشهور، ومذهب المدونة، والأول مروي عن مالك، وبه أخذ سحنون.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع من اشترط في وصيته أنه لا يرجع عنها.. فعلى أن الشرط المذكور يعتبر: يلزمه ما التزم، وبه قال التونسي، وعلى أنه لا يعتبر: لا يلزمه ما التزم من عدم الرجوع، بل يكون له الرجوع في وصيته، والأول هو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في اعتبار شرط الاعتصار في الصدقة، وشرط عدمه في الهبة.. فعلى أن الشرط المذكور يعتبر: يكون لمن شرط الاعتصار في الصدقة اعتصارها، ويلزم من اشترط في الهبة عدم اعتصاره. وبه قال ابن الهندي في وثائقه في الصدقة وهو المشهور، وعلى أن الشرط المذكور لا يعتبر: لا يكون للمتصدق المذكور اعتصار الصدقة، ويكون للواهب اعتصار الهبة.

ومن فروعها: الخلاف في اعتبار شرط الضمان فيما لا يغاب عليه من الرهن والعارية، أو اشتراط نفي الضمان فيما يغاب عليه منهما.. فعلى أن الشرط المذكور يعتبر: يضمن المرتهن والمستعير ما لا يغاب عليه من الرهن، ولا يضمنان ما يغاب عليه، وبه قال اللخمي فيما لا يغاب عليه من الرهن، وقاله أشهب فيما يغاب عليه، وهو المشهور في العارية مطلقا، بل حكى بعضهم اتفاق المالكية عليه فيما لا يغاب عليه من العارية، وحكى اللخمي والمازري اتفاق أشهب وابن القاسم عليه فيما لا يغاب عليه منها، وعلى أن الشرط المذكور

لا يعتبر: لا يضمن المرتهن والمستعير ما لا يغاب عليه من الرهن والعارية، ويضمنان ما يغاب عليه منهما، وهو مذهب المدونة والموازية فيما لا يغاب عليه منه، وعلى أن الشرط المذكور لا يعتبر: لا يضمن المرتهن والمستعير ما لا يغاب عليه منهما، وهو مذهب المدونة والموازية فيما لا يغاب عليه منه، وبه قال مطرف فيما لا يغاب عليه من العارية، وقال ابن القاسم في العتبية وأشهب فيما يغاب عليه منها.

ومن فروعها: الخلاف في ثبوت الضمان فيما يغاب عليه من الرهن والعارية مع قيام البينة إذا اشترط الراهن والمعير على المرتهن والمستعير، فعلى أن شرط ما يخالف الحكم مما لا يقتضي الفساد يعتبر: يضمن المرتهن والمستعير ما يغاب عليه مع قيام البينة على تلفه من غير تفريط، وبه قال مالك وابن القاسم في العارية، وعلى أنه لا يعتبر لا يضمن المرتهن ولا المستعير ما يغاب عليه مع قيام البينة على تلفه بلا تفريط بل يبطل الشرط.

ومن فروعها: الخلاف في ضمان الوديعة والمكتري من غير الطعام إذا اشترط المودع والمكتري -بالكسر- على المودع -بالفتح- والحمال.. الضمان.. فعلى أن الشرط المخالف للحكم إذا كان لا يقتضي فسادا يعتبر: يضمن المودع -بالفتح- والحمال الوديعة والشيء المحمول، ولم أقف على هذا القول لأحد، وعلى أن الشرط المذكور لا يعتبر: لا يضمن وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في عدم ضمان الحمال للطعام والصانع للمصنوع إذا اشترطا أن لا ضمان عليهما.. فعلى أن الشرط المذكور يعتبر: لا يضمنان، وبه قال أشهب في الصانع، وعلى أن الشرط المذكور لا يعتبر: يضمنان ولا ينفعهما الشرط، وهو المشهور فيهما.

وهل يُوثرُ فسادًا شرطُ ما يوجبُه الحكمُ خلافٌ رُسما

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشرط الذي يوجبه الحكم.. هل يؤثر فسادا في العقد؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز الهبة بشرط الثواب بأن يقول الواهب للموهوب له أهبك بشرط أن تثيبني ولم يعين الثواب، وإلا كان بيعا محضا.. فعلى أن شرط ما يوجبه الحكم يؤثر فسادا في العقد، تفسد الهبة؛ لأنها كبيع السلعة بقيمتها، وبه قال أصبغ وابن الملجشون وسحنون، وعلى أن الشرط المذكور لا يؤثر فسادا في العقد: لا تفسد الهبة، وبه قال ابن القاسم وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في اشتراط بقاء المعتدة من الوفاة إن ارتابت بدار الميت إذا بيعت.. مع أن الحكم يوجب بقاءها فيها إن ارتابت، فعلى أن الشرط الذي يوجبه الحكم يؤثر فسادا في العقد: يفسد البيع، وهو مذهب الواضحة، واختيار ابن المواز وهو المعتمد، وعلى أن الشرط المذكور لا يؤثر فسادا: يصح البيع، وبه قال سحنون.

ومن فروعها: الخلاف في فساد وصية من أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج، واشترط في وصيته أنها إن تزوجت نزعت منها ورُدّت للورثة.. مع أن هذا الشرط يوجبه الحكم، فعلى أن شرط ما يوجبه الحكم يؤثر فسادا: تبطل الوصية؛ لما فيها من سلف جرّ نفعا، وعلى أن الشرط المذكور لا يؤثر فسادا تصح الوصية، وعليه اقتصر المتيطي.

ومن فروعها: الخلاف في فساد بيع الدابة الحامل التي اشترط المشتري أن حملها له، فعلى أن شرط ما يوجبه الحكم يؤثر فسادا يفسد البيع، وبه قال ابن عبد الحكم؛ لأن الجنين حينئذ يكون له حصة من الثمن، وهو لا يجوز شراؤه؛ لما فيه من الغرر؛ لأنه قد يسقط، وعلى أن شرط ما يوجبه الحكم لا يؤثر فسادا: يصح البيع مع الشرط.

ومن فروعها: الخلاف في صحة شراء الأرض التي بها بذر لم ينبت إذا شرط مشتريها البذر له مع أنه لا يحتاج إلى الشرط؛ لأن الحكم يوجبه، فعلى أن شرط ما يوجبه الحكم يؤثر فسادا: يفسد الشراء؛ لكون البذر حينئذ له حصة من الثمن، وهو لا يجوز شراؤه؛ لما فيه من الغرر؛ لأنه قد لا ينبت، وعلى أن شرط ما يوجبه الحكم لا يؤثر فسادا: يصح الشراء،

وبالأول قال ابن فتحون، والثاني لم أقف عليه منسوبا لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته تخريجا على القاعدة.

هل شرْطُ ما ليسَ مفيدًا يلْزَم   به الوفا أو لا خلافٌ يُعلَم

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشرط الذي لا يفيد؛ إذ لا ثمرة له إذا وقع في صلب العقد.. هل يجب الوفاء به على المشترط عليه؟، أو لا؟، في ذلك قولان.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم الوفاء بالشرط في مسألة من أسلم في ثمر واشترط حائطا معينا، أو أسلم في نسل واشترط حيوانا معينا، وأراد المسلم إليه أن يعطيه ثمرا مثل ثمر حائطه الذي عين، أو نسلا من حيوان مثل حيوانه الذي عين في الصفة والجودة، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يجب الوفاء به: يجب على المسلم إليه أن يعطيه من ثمر حائطه الذي عين، أو نسلا من حيوانه الذي عين، وعلى أن الشرط الذي لا يفيد لا يجب الوفاء به: يلزم المسلم أن يقبل ما أعطاه المسلم إليه من الثمر والنسل إذا كان على الصفة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الوفاء بشرط الضامن المعين إذا غاب وأتى المشتري بضامن مثله في الثقة، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يجب الوفاء به، يلزم المشتري أن يأتي للبائع بالضامن الغائب، وعلى أنه لا يلزم الوفاء به: يلزم البائع قبول الحميل الذي أتاه به المشتري بدلا عن الغائب إذا كان مثله في الثقة والوفاء وقلة اللدد.

قال السجلماسي في شرح المنهج: ولم أقف على شيء في شأن هذين الفرعين.

قلت: وأنا أيضا لم أقف على شيء فيهما، ولا في الفرعين قبلهما، وإنما ذكرتهما لأبين كيفية اقتضاء القاعدة لهما.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الوفاء بالشرط لمن اشترى بدنانير معينة، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يجب الوفاء به: يوفى له به، وعلى أنه لا يجب الوفاء به: لا يوفى له به، وبالأول قال ابن القاسم، وبالثاني قال أشهب.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم البيع إذا وقع بشرط رهن معين غائب وهلك الرهن وأراد المشتري أن يأتي برهن ثقة سواه، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يلزم الوفاء به: لا يلزم البائع قبول الرهن المؤتى به بدلا عن المعين، وله رد البيع، وعلى أنه لا يلزم الوفاء به: يلزم البائع قبوله ويلزمه البيع، والأول هو المشهور، ومذهب المدونة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الوفاء للمكري بالشرط فيما إذا اشترط على المكتري لداره أن لا يسكنها إلا بعدد معلوم من الناس أو الدواب.. فأراد المكتري الزيادة في العدد على ما شرط عليه المكري، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يلزم الوفاء به: يلزم الوفاء للمكري بشرطه، فلا يمكن المكتري من الزيادة في العدد التي أراد، وعلى أن الشرط الذي لا يفيد لا يلزم الوفاء به: لا يلزم الوفاء للمكري بشرطه، ويمكن المكتري من الزيادة في العدد. ومذهب المدونة أنه لا يمكن من الزيادة في العدد إذا كان في ذلك ضرر على المكري، ويمكن منها إذا لم يكن عليه ضرر في ذلك.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الوفاء بالشرط في مسألة من اشترى أمة واشترط كونها ثيبا، فوجدها بكرا، أو اشترط كونها كافرة فوجدها مسلمة، أو اشترى عبدا واشترط كونه أميا فوجده كاتبا، أو اشترط كونه جاهلا فوجده عالما، ومن وكل وكيلا على بيع سلعة بعشرة فباعها باثنى عشر، أو وكله على أن يبيع بنسيئة فباع بنقد، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يلزم الوفاء به: يثبت الخيار للمشتري والموكل في المسائل كلها في التماسك والرد، وهذا القول نقله صاحب البيان وابن زرقون، وعلى أن الشرط الذي لا يفيد لا يلزم الوفاء به: لا يثبت الخيار للمشتري والموكل في المسائل كلها، وهو المشهور، بل قال ابن بشير لا أعلم فيه خلافا.

ومحل هذا إن لم يكن الشرط ليمين حلفها المشتري أو الموكل أو لغرض صحيح له في شرطه؛ وإلا فالمشهور لزوم الوفاء به.

ومن فروعها: الخلاف في رجوع المختلعة فيما أعطته إذا اشترطت على زوجها أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة، أو على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا.. فعلى أن الشرط الذي

لا يفيد يجب الوفاء به: يكون لها الرجوع فيما أعطته في المسألتين، وعلى أنه لا يجب الوفاء به: لا ترجع به وهو المنصوص والمشهور؛ لأن قصدها قد حصل.

قال اللخمي: أرى إذا أعطته أن يطلقها واحدة فطلق ثلاثا أن ينظر إلى سبب ذلك، فإن كان راغبا في إمساكها، وهي راغبة في الطلاق.. أن لا مقال لها، وإن كان راغبا في طلاقها فأعطته على أن يكون طلاقها واحدة.. أرى أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها إنما أعطته على أن لا يوقع إلا واحدة؛ لتحل له -إن بدا لها- من قبل زوج، وكذلك إن أعطته على أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة.. ينظر، فإن كان عازما على طلاقها واحدة.. كان لها أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها للثلاث أعطته، وإن كان راغبا في إمساكها فأعطته على أن يطلقها ثلاثا.. جرت على قولين فيمن شرط شرطا لا ينفعه أي لا فائدة فيه هل يوفى له به؟، أو لا؟.

ومن فروعها: الخلاف فيما إذا اشترط المتحمل له على ضامن الوجه أن يحضر له غريمه ببلد سماه، فأحضره بغيره من البلاد مما تأخذه فيه الأحكام ولا مضرة تلحق المتحصل له في أخذه هناك، فعلى أن الشرط الذي لا يفيد يجب الوفاء به: لا يبرأ الضامن، وعلى أنه لا يجب الوفاء به: يبرأ، والقولان نقلهما ابن عبد الحكم، وخرجهما المازري على القاعدة، وأما إذا اشترط المتحمل له على الحميل إحضار الغريم ببلد تأخذه فيه الأحكام، فخرب ذلك البلد، وصار لا تجري فيه الأحكام، فأحضره له فيه، ففي براءته قولان. نقلهما ابن عبد الحكم أيضا.

والخلْفُ في ظنِّ الكمالِ هل أتى منَزّلاً كالجزمِ أو لا ثَبَتا

يعني أن الخلاف ثابت بين الفقهاء في ظن الكمال أي كمال العبادة.. هل هو منَزل منْزلة الجزم أي اليقين؟، أو لا؟، والقولان حكاهما اللخمي، وابن الحاجب، ويبني الظان على ظنه، وقبله ابن رشد، ونازعه ابن عبد السلام في ذلك.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في براءة ذمة من ظن أنه أخرج زكاته، فعلى أن ظن الكمال ينَزل منْزلة اليقين: تبرأ ذمته بذلك الظن، وعلى أنه لا يتنَزل منْزلة اليقين: لا تبرأ ذمته بذلك الظن.

قلت: ولم أقف على هذين القولين منصوصين لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرتهما تخريجا على القاعدة.

ومن فروعها أيضا: الخلاف في براءة ذمة من ظن أنه قضى ما عليه من رمضان، فعلى أن ظن الكمل ينَزل منْزلة اليقين: تبرأ ذمته بذلك الظن، وعلى أنه لا ينَزل منْزلته: لا تبرأ ذمته به.

وهذان القولان أيضا لم أقف عليهما منصوصين لأحد من الفقهاء؛ إلا أن المنجوري والسجلماسي حكياهما، كما حكيا القولين اللذين قبلهما، مفرعين لهما على القاعدة، ولم ينسباهما لأحد.

والظاهر عندي فيهما: أن الذمة لا تبرأ من الواجب العيني بالظن؛ لأنه واجب بيقين، والقاعدة الشرعية: أنما وجب بيقين لا تبرأ منه الذمة إلا بيقين.

ومن فروعها: الخلاف في صحة من ظن بعد كمال صلاته أنه أكملها، وتوهم عدم كمالها.. فعلى أن ظن الكمال ينَزل منْزلة اليقين: تكون صلاته صحيحة، وعلى أنه لا ينَزل منْزلته: تلزمه الاعادة، والقولان حكاهما الحطاب، والصحيح الأول، وأما الظان لكمال الصلاة قبل السلام، فلا يعتمد على الظن، بل لا بد من اليقين على المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في إعادة من رأى في ثوبه احتلاما -لا يدري متى وقع منه- لصلواته التي قبل آخر نومة نامها فيه، فعلى أن ظن الكمال ينَزل منْزلة اليقين: لا اعادة عليه، وعلى أنه لا يتنَزل منْزلته: تلزمه الإعادة، والصحيح الأول، وأما صلواته التي بعد آخر نومة نامها في ذلك الثوب فإنه يعيدها على المشهور.

تنبيه: قال المقري: قاعدة: المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما ترتب عليه الأحكام: العلم، ولما تعذر في أكثر ذلك أقيم الظن مقامه؛ لقربه منه؛ ولذلك سمي باسمه في قوله تعلى: ﴿فان علمتموهن مؤمنات﴾ وبقي الشك على أصل الإلغاء إلا أن يدل دليل خاص من الشريعة على ترتيب حكم عليه كالنضح، فلا عبرة بالشك في الحدث في إيجاب الوضوء؛ لقطع استصحاب الابلحة المتقدمة، هذا مذهب الشافعي، واستحب مالك الوضوء، وسفيان

المراجعة بالشك في الطلاق، وأما إتمام الصلاة.. فالمعتبر عند الشافعي والباجي اليقين، وعند النعمان وابن الحاجب الظن.

ثم قال -بعد كلام-: قاعدة: هل ينقطع حكم الاستصحاب بالظن وهو المختار؟، أو لا بد من اليقين؟، وهي فقهية أصولية، ونص الباجي في الصلاة على أن مذهب مالك لا يبنى إلا على اليقين، ومذهب أبي حنيفة الاكتفاء بالظن.. ثم قال: ويخرج عليه خلافهم في المعتدة هل تحل بأول الدم الثالث؟، أو حتى تستبرأ من الحيضة؟.

الشكُّ في النقصانِ كالتحقُّقِ وقيل لا والقولُ الأولُ انتقِى

يعني أن الشك في النقصان كالتحقق، وقيل إنه ليس كالتحقق، والقول الأول انتقى أي اختير.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في مسألة من شك أصلى أربعا؟، أم ثلاثا؟.. فعلى أن الشك في النقصان كتحققه: يبنى على اليقين فيأتي بركعة، وهو المشهور، وعليه فقيل يسجد قبل السلام، وبه قال ابن لبابة، وقيل يسجد بعد السلام وهو المشهور. وعلى أن الشك في النقصان ليس كتحققه: لا يبنى على اليقين، فلا يأتي بركعة، وهذا القول لم أقف عليه لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته لبيان كيفية اقتضاء القاعدة له.

ومن فروعها: الخلاف في البناء على اليقين في مسألة الشك في عدد أشواط الطواف والسعي، فعلى أن الشك في النقصان كتحققه: يلزمه البناء على اليقين، فيلغي المشكوك فيه، وهو مذهب مالك، وعلى أن الشك في النقصان ليس كتحققه: لا يلزمه البناء على اليقين، ولا يلغى المشكوك فيه، بل يعتبره، وهذا القول أيضا لم أقف عليه منسوبا لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته لبيان كيفية اقتضاء القاعدة له.

ومن فروعها: الخلاف في البناء على اليقين في مسألة من شك في عدد غسلات العضو المندوب تثليثه.. هل غسله ثلاثا؟، أو اثنتين؟.. فعلى أن الشك في النقصان كتحققه: يبنى على اليقين.. فيندب له الإتيان بغسله ثالثة قياسا على الشك في عدد الركعات، وبه قال

بعض الشيوخ، وعلى أن الشك في النقصان ليس كتحققه: لا يبنى علي اليقين.. فيكره له الإتيان بغسله ثالثة لما في يقينه؛ لأن السلامة من ممنوع -وهو الغسلة الرابعة- أرجح من تحصيل مندوب -الذي هو الغسلة الثالثة-، وهذا القول هو الراجح؛ لأن درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح.

قال الحطاب: وهو الحق، وبه أدركت كل من لقيت يفتي.

واختلفوا في الشكِّ إنْ تَعَلَّقا بالزيْد هل هو كما لوْ حُقِّقا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الشك إذا كان متعلقا بالزيادة بأن كانت هي المشكوك فيها.. هل هو كتحققها؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في الزيادة في بيع أحد جنسي الطعام بجنسه، فعلى أن الشك في الزيادة كتحققها: يفسخ البيع؛ لأن الشك في التماثل كتحقق التفاضل، وهو المشهور، وعلى أن الشك في الزيادة ليس كتحققها: لا يفسخ البيع، ولا أدري من قال بهذا القول، وإنما ذكرته لبيان كيفية اقتضاء القاعدة له.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الثلاث لمن شك هل طلق زوجته واحدة؟، أو اثنتين؟، أو ثلاثا؟، فعلى أن الشك في الزيادة كتحققها: تحرم عليه زوجته ولا تحل له إلا بعد زوج، وهو مذهب المدونة، وبه قال مالك.

قال ابن القاسم: فإن تذكر في العدة أنه إنما طلق واحدة.. كان أملك بها ويصدق، وهذا هو المشهور، وعلى أن الشك في الزيادة ليس كتحققها: تلزمه طلقة رجعية، وهذا القول حكاه ابن الحاجب بصيغة "قيل" الدالة على تضعيفه.

فصل في العطايا وما يتعلّق بها:

وكـلُّ معـروفٍ ومـا بِـلا عِـوَضْ فـالحوْزُ فـي كمالِـه قُـلْ مُفتـرَضْ

يعني أن كل ما قصد به المعروف ولو كان بعوض، وكل ما كان بغير عوض ولو لم يقصد به المعروف، فإن الحوز مفترض في كماله، أي مشترط فيه أي لا يكمل إلا به، فالأول كالهبة والصدقة والعارية والقرض والعرية والمنحة والعمرى والسكنى والحبس والرهن المتبرع به بعد العقد، والثاني كالرهن المشترط في صلب العقد، فإنه لا عوض له، وليس بمعروف، ولكنه لا بد فيه من الحوز، فهذه العقود كلها لا تتم إلا بالحوز.

والخلْـفُ فـي الـضمان هـل يَفتقِـرُ للحـوْزِ أو لا والأخيـرُ أشـهر

يعني أن الخلاف بين الفقهاء كائن في الضمان.. هل يفتقر إلى الحوز؟، أو لا؟، والقول الأخير -وهو القول بعدم افتقاره إلى الحوز- هو المشهور، والقولان حكاهما المازري، وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا تحمل شخص لآخر بشيء في موضع لا تناله أحكام الشريعة فيه لتجبره، ثم انتقل إلى موضع تناله فيه الأحكام، فان القائل باشتراط الحوز في الضمان لا يوجب على الضامن غرما؛ لعدم حوز المضمون له للضامن، والقائل بعدم اشتراط الحوز فيه يوجب عليه الغرم، وهو المشهور. على نقل المنجور.

إجـازةُ الـوارثِ قُـلْ تَقريـرُ وقيـلَ إنـشاءٌ وذا التحريـرُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في إجازة الوارث لوصية مورثه.. هل هي تقرير أي تنفيذ لفعل الميت أي إعطائه؟، أو هي إنشاء عطية من الوارث؟، وهذا القول هو التحرير أي هو المحرر الصحيح، والأول اختاره أبو الحسن وأبو الوليد.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في احتياج الوصية -للوارث أو لغيره بزائد الثلث- للحوز إذا أجاز ذلك الوارث، فعلى أن إجازته تقرير: لا تحتاج الوصية للحوز، وعلى أنها إنشاء عطية: تحتاج إلى الحوز فلا تتم إلا به، وهو المشهور، وإياه اعتمد خليل في مختصره.

ومن فروعها: الخلاف هل للغرماء منع المفلس من إجازة وصية مورثه لأحد ورثته؟، أو بأكثر من الثلث، فعلى أن الإجازة تقرير: ليس لهم أن يمنعوه منها، وعلى أنها إنشاء عطية: يكون لهم منعه منها، وهو المشهور، ونص عليه أبو عمران، ولم يحك فيه خلافا.

وهل كجُزءِ العقدِ ما قد أُلحِقَا		أو هو عقدٌ آخرٌ تُحقِّقَا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الملحق بالعقد بعد تمامه.. هل يعد كجزء منه؟، أو يعد كأنه عقد آخر مستقل؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في احتياج الزيادة في ثمن السلعة بعد عقد البيع، أو في الصداق بعد عقد النكاح.. إلى الحوز، فعلى أن الملحق بالعقد كالواقع فيه: لا تحتاج إلى الحوز؛ لأنها جزء من الثمن أو الصداق، وعلى أن الملحق بالعقد بمنْزلة عقد آخر: تحتاج إلى الحوز لأنها هبة، وهو المشهور في الزيادة في الصداق.

ومنها: الخلاف في تشطرها بالطلاق، وسقوطها بالموت قبل القبض وقبل الدخول، فعلى أن الملحق بالعقد يعد كالواقع فيه: تشطر بالطلاق، ولا تسقط بالموت قبل القبض والدخول، بل تجب لها، وعلى أن الملحق بالعقد بمنْزلة عقد آخر: لا تشطر الزيادة المذكورة بالطلاق، وتسقط بالموت.

والمشهور تشطرها بالطلاق وسقوطها بالموت قبل القبض والدخول، وهو قول ابن القاسم.

قال ابن الجلاب: القياس عندي أن تجب لها الزيادة بالموت قبل القبض والدخول. ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا القرويين، ووجهه أنها لما تشطرت بالطلاق دل ذلك على أنها من الصداق، فيلزم أن تجب بالموت. انتهى من التوضيح.

ومن فروعها: الخلاف في رد الزيادة في الصرف لأجله بعد عقده إذا فسخ الصرف لفساد أو عيب، والخلاف في رد الصرف إذا كان العيب في الزيادة بأن كانت بدرهم زائف، والخلاف في فساد الصرف بزيادة الدرهم المتأخر عن عقده، فعلى أن الملحق بالعقد كالواقع فيه: ترد

الزيادة إذا فسخ الصرف لفساد أو عيب في الثمن، ويرد الصرف لعيب في الزيادة دون الثمن، ويفسد الصرف بزيادة الدرهم المتأخر عن عقده، وعلى أن الملحق بالعقد بمنْزلة عقد آخر لا ترد الزيادة إذا فسخ الصرف لفساد أو عيب، ولا يرد الصرف لعيب الزيادة، ولا يفسد الصرف بزيادة الدرهم المتأخر عن عقده، ومذهب المدونة أن الزيادة ترد إذا فسخ الصرف لفساد أو عيب في الثمن.. بناء على أنها كجزء من الثمن، ولا يرد الصرف لعيب الزيادة، ولا ترد هي؛ لأنها هبة، ولا يفسد الصرف بزيادة الدرهم المتاخر عن عقده.. بناء على أنها هبة.

وقال القاضي إسماعيل: إن الصرف يفسد بزيادة الدرهم المتأخر عن عقده.

ولأشهب عن مالك في الموازية: أن الزيادة إذا كانت بدرهم زائف يجب إبداله، فحمله بعض الأشياخ على الخلاف، وبعضهم على الوفاق، ولهم في التأويل وجهان: أحدهما: لابن القاسم وغيره أنما في الموازية محمول على إيجاب الزيادة، والثاني لصاحب النكت عن بعض شيوخه أن الخلاف مبني على تحقيق فرض المسألة، فإن قال أزيدك هذا الدرهم فوجده زائفا فلا يرده؛ لأنه إنما رضي أن يهبه ذلك الدرهم على ما هو به فلا يلزم بغيره، وان قال أزيدك درهما فعليه البدل؛ لأنه قد أوجب على نفسه درهما جيدا، واليه ذهب اللخمي، ورد المازري هذا التفصيل بأن ما في المدونة يمنعه؛ لأنه قال فيهما فزاده درهما نقدا أو إلى أجل للأجل في الذمة، وقد نصوا على أن ليس عليه بدله.

ومن فروعها: الخلاف في جواز الزيادة في مسألة من أسلم في مائة قفيز فزاده المسلم مثلها قبل الأجل، فعلى أن الملحق بالعقد يعد كالواقع فيه: تجوز الزيادة وهو مذهب المدونة، وعلى أنه بمنْزلة عقد آخر: لا تجوز الزيادة؛ لأنها هدية مديان، وبه قال سحنون. ووجه مذهب المدونة أنه رفع التهمة بالكثرة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز بيع الزرع بعد بيع أرضه، وخلفة الفصيل، والثمرة المؤبرة، ومال العبد بعد بيع الأصل والرقبة، فعلى أن الملحق بالعقد كالواقع فيه: يجوز بيع ما ذكر، وعلى أنه بمنْزلة عقد آخر: لا يجوز بيعه لما فيه من الغرر. والمشهور الجواز في المسائل كلها.

قال في التوضيح: وحكى بعضهم في مسألة الثمرة ومال العبد أربعة أقوال: هذان القولان، والثالث: الجواز في الثمرة دون مال العبد رواه أشهب، وقال به. الرابع: يجوز ذلك بحدثان العقد. رواه أصبغ عن ابن القاسم يحيى. وحدُّ القرب في ذلك عشرون يوما.

ومحل الخلاف في الجميع إذا كان الأصل بيد المشتري، وأما إذا خرج من يده بأن باع الأرض والشجر أو العبد أو حذ الفصيل، فلا يجوز له شراء الزرع والثمرة ومال العبد والخلفة اتفاقا.

والخلْفُ في بطلان ملكٍ انْ يَدُرْ بين جميعِه أو البعضِ ذُكِرْ

يعني أنه ذكر عن الفقهاء الخلاف في بطلان الملك إذا دار بين جميعه أو بعضه.. هل يبطل الجميع؟، أو البعض؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم القيمة للمضطر إلى طعام الغير إذا وجب عليه أكله فأكله، فعلى أن الملك إذا دار بين أن يبطل جميعه أو بعضه.. الأولى أن يبطل جميعه، لا يلزم المضطر قيمته، وعلى أن الأولى أن يبطل بعضه: تلزمه قيمته، والقولان حكاهما الحطاب.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الثمن أي ثمن الماء للجار الذي انهدمت بئره ولجاره فضل ماء يجبر على إرساله لجاره، فعلى أن الملك إذا دار بين أن يبطل جميعه أو بعضه الأولى أن يبطل جميعه: لا يلزمه الثمن، وعلى أن الأولى أن يبطل بعضه: يلزمه، والقولان حكاهما في المقدمات عن مالك، والأول هو مذهب المدونة، والثاني رجحه ابن يونس.

ومن فروعها: الخلاف في بطلان الحبس بالجزء المشاع إذا قام شريكه بضرر الشركة مع الحبس وبيع المشترك، هل يبطل الحبس رأسا ويرجع الثمن ملك لمحبس الجزء يصرفه فيما شاء.. بناء على أن الملك إذا دار بين أن يبطل جميعه أو بعضه، أو بأن يبطل جميعه؟، أو يجعل ثمن جزء المحبس في حبس آخر.. بناء على أن الأولى أن يبطل بعضه، في ذلك قولان، الأول اختيار اللخمي، والثاني لعبد الملك ابن الملجشون، وبه العمل.

بالوعدِ يَلْزمُ الوفا وقيل لا وقيل إنْ بسببٍ قد حَصلا
وقيل إنْ دخلَ من قد وَعدا في السببِ الذي عليه وُعدا

يعني أن الوفاء بالوعد مختلف في وجوبه على أربعة أقوال: فقيل يلزم مطلقا أي سواء كان على سبب أم لا، وقيل لا يلزم مطلقا، وقيل يلزم إن حصل على سبب وإن لم يدخل فيه الموعود كأن قال له إن تزوجت فلك عندي كذا ولم يتزوج، وقيل لا يلزم إلا إذا دخل الموعود في السبب الذي وعد عليه كما إذا تزوج في المثال. الأول: مذهب ابن وهب وعمر بن عبد العزيز، والثاني سماع أشهب وابن نافع في كتاب العارية من العتبية، والرابع قول ابن القاسم في العتبية، وهو مقتضى ما في كتاب بيع الغرر من المدونة، ولا أدري صاحب القول الثالث.

فصل في اللُّقط والأكرية والوديعة والشُّفعة.. وما أشبه ذلك:

هل عادةٌ كشاهدٍ أو شاهديْن في ذاك خلْفٌ بينهمْ قد استُبينْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في العادة أي العرف هل هي بمنْزلة شاهد واحد لمن وافقت قوله؟، أو هي بمنْزلة شاهدين؟.

ومن فروعها: الخلاف في حلف من شهد له القمط من المتداعيين في جدار بينهما كل منهما يدعيه لنفسه، فعلى أن العادة بمنْزلة شاهد واحد: يحلف من شهد له القمط على أن الجدار له، وعلى أنها بمنْزلة شاهدين لا يمين عليه، بل يصدق بغير يمين، و"القمط" معاقيد الحيطان، ونظيره عندنا "الكوة" والأعواد التي تغرز في جانب الحائط توضع عليه الآنية، ووجه كونه شاهدا عاديا لمن هو له أنه من أصل البناء، وما كان كذلك لا يكون إلا لمالك الجدار.

ومن فروعها: الخلاف في حلف من شهد له الوكاء والعفاص من المتداعيين في اللقطة، فعلى أن العادة كشاهد واحد: يحلف من شهد له الوكاء والعفاص، وعلى أنها بمنْزلة شاهدين يصدق بلا يمين، وهو ظاهر المدونة والرسالة، وهو المشهور، والأول مذهب أشهب.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم اليمين لمن شهد له الرهن بقدر الدين من المتنازعين في قدره، فعلى أن العادة بمنْزلة شاهد واحد: يلزم من شهد له الرهن بقدر الدين من المتنازعين باليمين على قدره، وعلى أنها بمنْزلة شاهدين يصدق في قدره بغير يمين، والأول هو المعتمد.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم اليمين لمن شهدت له العادة من الـزوجين المتـداعيين في متاع البيت بأن كان مما يعتاد للرجال، أو مما يعتاد للنساء، فعلى أن العادة بمنْزلة شاهد واحد: يصلق من شهدت له منهما فيما ادعاه بيمين، وعلى أنها بمنْزلة شاهدين: يصلق بغير يمـين، والأول هو المعتمد.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم النكاح لمن أنكحه أبـوه بحـضرته وهـو سـاكت، وأنكـر بحدثان الفراغ من العقد فاستحلف أنه لم يرض فنكل، فعلـى أن العـادة كـشاهد واحـد: لا يلزمه النكاح، ولا شيء عليه، وعلى أنها كشاهدين: يلزمه النكاح، وعليه نصف الصداق.

قلت: يعني أن إنكاره يكون طلاقا.

ومن فروعها: الخلاف في تصديق الزوجة في المـسيس بغـير يمـين في خلـوة الاسـتدعاء، فعلى أن العادة كشاهد واحد: تصدق بيمين، وعلى أن العادة كشاهدين: تصدق في المـسيس بلا يمين، والأول هو المعتمد.

ومن فروعها: الخلاف في مدعية الغصب على رجل وهي متعلقة بـه تـدمي.. فعلـى أن العادة كشاهد واحد: تصدق في غصبها بيمين، وعلى أنها بمنْزلة شاهدين: تصدق بغير يمـين، وروي عن مالك واستحسنه اللخمي، والأول مذهب الواضحة، واختاره ابن يونس وغيره.

زيْـــدُ العدالـــةِ كـــشاهدٍ أتـــى وقيـــلَ بـــلْ كـــشاهديْن ثَبتـــا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في زيـادة العدالـة.. هـل هـي بمنْزلـة شـاهد واحـد؟، أو بمنْزلـة شاهدين؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في القضاء بأعدل البينتين المتعارضتين في النكاح بأن شهدت بينة بأن هذه المرأة زوجة لهذا الرجل، وشهدت بينة أخرى بأنها زوجة لآخر، وكانت إحداهما أعدل من الأخرى، فعلى أن زيادة العدالة بمنْزلة شاهدين: يقضى بالمرأة لذي البينـة الزائـدة في العدالة، وعلى أنها بمنْزلة شاهد لا يقضى بها، ولا توجب يمينا وهو المشهور، وبالأول قال سحنون.

ومن فروعها: الخلاف في القضاء بأعدل البينتين المتعارضتين في قدر الثمن في البيع بغير يمين إذا تخالف المتبايعان فيه، وأقام كل منهما بينة وكانت إحداهما أعدل، فعلى أن زيادة العدالة بمنْزلة شاهدين: يقضي لذي البينة الزائدة في العدالة بالقدر الذي ادعى في الثمن بلا يمين، وعلى أنها بمنْزلة شاهد يقضى له بيمين، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في القضاء بالأعدلية في كل بينتين تعارضتا في الشهادة فيما ليس بمال ولا آيل له، وكانت إحداهما أعدل من الأخرى، فعلى أن زيادة العدالة بمنْزلة شاهدين: يقضى لذي البينة الزائدة في العدالة بما ادعى، وعلى أنها بمنْزلة شاهد واحد: لا يقضى له بشيء وهو المشهور، وبالأول قال سحنون والبرمي، واختاره عبد الحق.

وهل تُربِّي الأرضُ أو تَستَهلك لما بها يُزرَع خلْفٌ يُدرَك

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الأرض هل هي مربية لما يزرع فيها؟، أو مستهلكة له؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في جواز كراء الأرض بطعام، أو بما تنبته غير الخشب.. فعلى أنها مربية لما يزرع فيها: لا يجوز كراؤها بطعام، أو بما تنبته للمزابنة، وعلى أنها مستهلكة له: يجوز كراؤها به، والمشهور الأول.

هل الغريمُ للغريمِ كالغريمْ في عدمِ الغريم أو لا كغَريمْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في غريم غريم الشخص.. هل هو كغريمه أي هل يتنَزل منْزلته في حال عُدْمه؟، أو ليس كهو أي لا يتنَزل منْزلته.

ومن فروعها: الخلاف في مطالبة المقضى له بالشاهدين الراجعين عن شهادتهما بعد الحكم بها وقبل غرم المقضى عليه إذا تعذر الأخذ منه، فعلى أن غريم الغريم كالغريم: تكون له مطالبتهما بالحق الراجعين عنه بعد شهادتهما به، وإياه اعتمد صاحب المختصر، وعلى أن غريم الغريم ليس كالغريم: لا تكون له مطالبتهما بالحق، وإنما يطالبهما المقضى عليه لو غرم له، فلما لم يغرم له سقط الغرم عنهما للمقضى له، وهذا القول نقله في النوادر عن الموازية، ورجحه ابن غازي، وعاب القول الأول.

قال ابن عرفة: إن القول الأول وهمٌ، وإنه خلاف المنصوص، وأن المنصوص هو القول الثاني الذي في النوادر عن الموازية.

ويَبطلُ الفرعُ كذا المسببُ إنْ بطلَ الأصلُ له والسبَبُ

يعني أن الفرع يبطل إذا بطل أصله والمسبب يبطل إذا بطل المسبب، وقيل إن الفرع والمسبب يثبتان مع بطلان الأصل والسبب، قال المقري والصحيح الأول.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في ثبوت الإرث في مسألة من أقر بزوجة في صحته، ثم مات وليس بطارئ، أو أقر بوارث وليس له وارث معروف، فعلى أن الفرع والمسبب يبطلان ببطلان الأصل والسبب: لا يثبت الإرث للزوجة والوارث المقر بهما في المسألتين؛ لأن الإرث لهما فرع ثبوت الزوجية والنسب بالإقرار المذكور، وهما لا يثبتان به شرعا، وإذا انتفى الأصل فالفرع أجدر منه بالانتفاء، وهذا القول لأشهب وهو الصحيح، وعلى أن الفرع والمسبب يثبتان مع بطلان الأصل والسبب: يثبت الإرث للزوجة والوارث المقر بهما في المسألتين، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم؛ لأن صحة دلالة الالتزام لا تتوقف على ثبوت المطابقة، بل يكفي دعواها.

قال المقري: قاعدة: إقرار الوارث بالنسب يتضمن الإقرار بالمال، فإذا لم يثبت لم يثبت المال في ظاهر الحكم عند محمد، واختلف مذهب مالك في دفع المال فيما بينه وبين الله، والحق وجوبه كما لا يحل للمقر له إذا كان المقر كاذبا، وقال مالك والنعمان: يوجب الشركة في المال، ولا أدري كيف يثبت الفرع والضمن مع انتفاء الأصل والمتضمن وليس قصده المال فيقدم على ظاهر لفظ الإقرار.

وقال أيضا: قاعدة: الإقرار المركب عند مالك والنعمان إقرار وشهادة، وعند محمد إقرار واحد فيتلازمان.

ومن فروع الخلاف في ثبوت الإرث فيما إذا شهد بالنكاح شاهد واحد في حال التنازع فيه، أو مع امرأتين، ثم مات أحد الزوجين، فعلى أن الفرع والمسبب يبطلان ببطلان الأصل

والسبب: لا يثبت الإرث بينهما، وعلى أنهما يثبتان مع بطلان الأصل والسبب: يثبت الإرث بينهما، والأول مذهب أشهب، والثاني مذهب ابن القاسم، وعليه اعتمد خليل في مختصره.

تنبيه: قال المقري: قاعدة: سبب الملك الحاجة، فإذا انتفت انتفى على اشتراط العكس، فإذا مات وترك دينا، فالمال على ملك الوارث عند مالك؛ لأن الأصل عدم علة أخرى، وقال محمد: بقيت حاجة القضاء والبراءة منه فهو على ملكه أي الميت حتى يقضى دينه، وعليهما رد الغريم بيع الوارث.. هل يرده؟، أم لا؟، قال ابن القاسم لا يرده؛ لأن الوارث لو أعطاهم من غير ذلك لزمه قبوله. قاله المنجور.

قال: بعض الشيوخ انظر هذا مع قولهم فيمن حلف لا أكلت طعام فلان إنه يحنث بأكله من التركة قبل قسمها إن أوصى الميت، أو كان مدينا.

قلت: مقتضى قول ابن القاسم -أي ليس للغريم أن يرد بيع الوارث.- إن المال بعد الموت على ملك الوارث، ومقتضى التحنيث بالأكل من التركة أنه على ملك الميت حتى تنفذ وصاياه وتقضى ديونه.

ويَنتفي الفرعُ إنِ الأصلُ انتفَى		وقيل لا وذاك أوْلى باقتِفَا

يعني أن الفرع ينتفي إن انتفى الأصل المبني عليه، وقيل لا ينتفي بانتفائه، والقول الأول أولى بالاقتفاء؛ لأنه هو الصحيح.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم الزكاة لمن ربح عشرين دينارا في مائة وعليه مائة، فعلى أن الفرع ينتفي بانتفاء أصله: تسقط عنه زكاة العشرين تبعا لأصلها المنتجة منه وهو المائة؛ لسقوط زكاتها عنه بالدين، ويستقبل بالعشرين حولا من يوم الربح، وعلى أن الفرع لا ينتفى بانتفاء أصله: تجب عليه زكاتها حين حصولها، ولا يستقبل بها، وهو المشهور، وبه قال ابن القاسم، ورواه أشهب عن مالك، والأول قول المغيرة.

ومن فروعها: الخلاف في سقوط الزكاة عن العامل فيما ناله من الربح إذا كان نصابا، ويستقبل به إذا كان رب المال ممن لا تجب عليه الزكاة لدين أو عبودية أو كفر ونحو ذلك، فعلى أن الفرع ينتفي بانتفاء أصله: تسقط الزكاة عن العامل تبعا لرب المال، وعلى أنه لا ينتفي بانتفاء أصله: تلزم الزكاة فيما ناله من الربح إذا كان نصابا، ولا يستقبل به، والمنصوص الأول.

هل يَسقُطُ الحقُّ الذي تَعلَّقاَ بالعيْن إنْ سقوطُها تُحُقِّقا

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحق الذي تعلق بالعين إذا سقطت العين أي ذهبت هل يسقط بسقوطها؟، أم لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في سقوط نفقة عامل القراض إذا أنفق عن نفسه من ماله ليرجع في مال القراض، وتلف مال القراض، فعلى أن الحق المتعلق بالعين يسقط بسقوطها: تسقط نفقته على نفسه من ماله عن رب المال، فلا يلزم له عليه شيء؛ لأن العين التي أنفق ليرجع فيها تلفت، وحقه متعلق بها، وهذا هو المشهور، وعلى أن الحق المتعلق بعين لا يسقط بسقوطها: تلزم له نفقته.. يرجع بها على رب المال في ذمته، وهذا القول لم أجده منصوصا لأحد من الفقهاء، وإنما ذكرته لبيان اقتضاء القاعدة له.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم النفقة للصبي إذا أنفق عليه شخص ليرجع في عروض له فهلكت، فعلى أن الحق المتعلق بالعين يسقط بسقوطها: تسقط نفقته فلا يرجع على الصبي بشيء إذا استفاد مالا آخر، ولا تعمر ذمته له بشيء، وهو المشهور، وعلى أن الحق المتعلق بالعين لا يسقط بسقوطها: يتبع ذمة الصبي بنفقته عليه، فإذا استفاد مالا آخر رجع عليه. وهذا القول لم أقف عليه منصوصا أيضا.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم الصدقة للعبد إذا التزمها من مال بيله فمنعه سيله ثم أعتقه بعد ما خرج ذلك المال من يده، فعلى أن الحق المتعلق بالعين يسقط بسقوطها إذا سقطت: لا تلزمه الصدقة، وعلى أنه لا يسقط بسقوطها تلزمه. والقولان حكاهما السجلماسي في شرحه على المنهج.

هــل ذاتُ الالتــزامِ فــي الإقــرَارِ مثــلَ صــريحِه فــي الاعتبــارِ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الدلالة ذت الالتزام في الإقرار، هل هي مثل صريح الإقـرار في اللزوم؟، أو لا؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في بطلان بينة من أنكـر وديعـة.. فلمـا ثبتـت عليـه البينـة ادعـى ضياعها أو ردها وأقام عليه بينة، فعلى أن دلالة الالتزام في الإقرار تتنَزل منْزلة صريح الإقرار تبطـل بينته أي لا تنفعه؛ لأن إنكاره الوديعة من أصلها أولا: يستلزم تكذيبها، وعلى أن دلالـة الالتـزام في الإقرار لا تتنَزل منْزلة صريح الإقرار: تقبل بينته، والقولان مشهوران، والأول لابن يونس عن ابـن القاسم وأشهب ومطرف وابن الملجشون واصبغ، وقل ابن شأس إنه المشهور، والثاني شهره ابـن زرقون واختاره اللخمي قل وهو حسن؛ لأن مـن حجتـه أن يقـول إنمـا أنكـرت أولا لغيبـة بينـتي وللاحتياج إلى تزكيتها. وقيل تقبل في دعوى الضياع دون الـرد وهـو سماع عيسى، وروايـة ابـن القاسم، ومتقدم نقل ابن حبيب، وقيل إنه يصدق مع يمينه في دعوى الرد والتلف.

ومن فروعها: الخلاف في بطلان بينة من ادعى عليـه آخـر أنـه بـاع منـه درارا وطالبـه بثمنها فأنكر أصل البيع، فلما أقام مدعي البيع البينة عليه انتقل إلى دعوى دفع الثمن وأقام عليه بينة، فعلى أن دلالة الالتزام في الإقرار تتنَزل منْزلة صريحه في اللزوم: لا تنفعـه بينتـه؛ لأن إنكاره أصل البيع: يستلزم تكذيبها، وعلى أن دلالة الالتزوم في الإقرار لا تتنَـزل منْزلـة الصريح: تقبل بينته على دفع الثمن، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في بينة من ادعى عليه بدين فأنكره فلما أثبت عليه بالبينة ادعى قضاءه وقام عليه بينة، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تتنَزل منْزلة صـريحه: لا تقبـل بينتـه، وعلى أنها لا تتنَزل منْزلة صريحه: تقبل، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في قبول دعوى من ادعت عليه زوجته أنه قـذفها فـأنكر فأقامـت بينة عليه، فادعى رؤيتها تزني، وأراد أن يلاعنها.. فعلى أن دلالـة اللـزوم في الإقـرار تتنَـزل منْزلة صريحه: يحدُّ ولا يمكن من الملاعنة؛ لأن إنكـاره القـذف أولا يـستلزم تكـذيب دعـواه الرؤية، وعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار لا تنَزل منْزلة الصريح: تقبـل دعـواه، فتـدرأ عنـه الحد؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وهو قول ابن المواز.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم العتق لمن شهد أن شريكه في العبد أعتق نصيبه والشريك موسر، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: يعتق على الشاهد نصيبه؛ لأن شهادته بعتق شريكه لنصيبه تستلزم عتق نصيبه هو شرعا، فكأنه أقر بأن نصيبه معتق في نفس الأمر، وأنه ليس له إلا اتباع شريكه بقيمة نصيبه؛ إلا أن عتق نصيب الشريك لا يثبت بشاهد واحد، وهذا هو قول ابن القاسم، وعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة الصريح: لا يعتق عليه نصيبه، وهو لأشهب وابن يونس، وعليه أكثر الرواة وهو الأجود، وقاله ابن القاسم أيضا، والقولان في المدونة.

ومن فروعها: الخلاف في جواز الاستخدام لمن أقر أن أباه أعتق عبده في صحته أو مرضه والثلث يحمله، ومعه ورثة ينكرون ذلك، وقلنا إن إقراره لا يمضي على الورثة ولا يقوم العبد عليه هو فيعتق كما نص عليه في المدونة، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: لا يجوز له استخدامه، وعلى أنها لا تتنَزل منْزلة الصريح: يجوز له استخدامه، والقولان حكاهما المنجور والسجلماسي في شرحيهما على المنهج.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم العتق للشريكين في العبد إذا حلف أحدهما بحريته إن كان دخل المسجد، وحلف الآخر بحريته أنه دخل المسجد، ولم تقم لأحدهما بينة.. فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: يعتق العبد عليهما إن كانا موسورين؛ لأن كل واحد منهما يقطع بحنث صاحبه، وعتق نصيبه عليه؛ فكأنه أقر بعتق نصيبه هو وأنه ليس له إلا قيمته على شريكه، وعلى أن دلالة اللزوم لا تنَزل منْزلة الصريح لا يعتق العبد عليهما، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في قبول بينة من ادعي عليه بقراض فأنكره من أصله، فلما أثبت عليه بالبينة ادعى ضياعه أو رده، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: لا تقبل بينته؛ لأن انكاره القراض أولا يستلزم تكذيبها، وعلى أنها لا تنَزل منْزلة الصريح: تقبل بينته، وقيل تقبل دعواه بلا بينة مع يمينه.

ففي شرح المنجور على المنهج ما نصه: قال عيسى: إن جحد فقامت عليه البينة لم يصدق في دعوى الضياع.

وقال ابن القاسم في مسألة القراض إن لم يأت بالبينة على القضاء غرمه، وليست دعوى القضاء كدعوى الضياع، وفي سماع ابن القاسم: قال مالك: إنما عليه اليمين.

ابن رشد: في تصديقه مع يمينه بعد الإنكار في دعوى الرد والضياع، وعدم تصديقه، ثالثها، في دعواه الضياع لا في الرد.

تنبيه: قال المنجور في شرح المنهج: وتحقيق القاعدة أن من أنكر ما قامت به عليه بينة بعد إنكاره إياه، ففي قبول ما يدفع عنه ما ادعي عليه به لو أتى به قبل انكاره بعده مطلقا مع يمينه ولغوه ولو كانت بينة، ثالثها: تقبل بينته لا قوله مع يمينه في تلف ولا قضاء، ورابعها تقبل في التلف لا القضاء؛ لسماع عيسى، ورواية ابن القاسم، ومتقدم نقل ابن حبيب.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم طلاق الثلاث لمن ادعت عليه زوجته أنه ملكها وطلقت نفسها ثلاثا فأنكر التمليك من أصله، فأقامت عليه بينة، فقال: ما أردت بالتمليك إلا واحدة، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار بمنْزلة صريحه: لا يقبل قوله إنه ما أراد بالتمليك إلا واحدة؛ لأن إنكاره إياه أولا يستلزم تكذيبه في قوله هذا، وعلى أنها لا تنَزل منْزلة صريحه: يقبل قوله إنه أراد واحدة، ولا تلزمه الثلاث.

ومن فروعها: الخلاف في قبول بينة من طولب بثمن سلعة اشتراها، فأنكر شراءها، فقامت عليه بينة بذلك.. وأنه قبض السلعة، وأقام بينة بدفع الثمن.. فعلى أن دلالة الالتزام في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: لا تقبل بينته، وعلى أنها لا تنَزل منْزلته تقبل، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في قبول قول الوكيل إذا ادعى عليه أنه قبض ثمن السلعة التي وكل على بيعها فأنكر، فأقيمت عليه بينة بذلك، فقال تلف أو رددته، فعلى أن دلالة اللزوم في الإقرار تنَزل منْزلة صريحه: لا يقبل قوله في ذلك، وعلى أنها لا تنَزل منْزلة صريحه: يقبل قوله في ذلك، والظاهر الأول.

هــل مــا أُعيــرَ مــنْ حيــاةٍ كالعــدَمْ		أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ قـــد ارتـــسمْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الحياة المستعارة.. هل هي كالعدم؟، أو لا؟.

ومن فروعها: الخلاف في وجوب الصلاة على من أنفذت مقاتله في المعركة بين المسلمين والكفار وتغسيله إذا رفع حيا ثم مات، والخلاف في قصاص من انفذ مقتله رجل، فأجهز عليه آخر فأزهق روحه.. على من هو؟ أي هل القصاص على الأول؟، أو الثاني؟، والخلاف في إعمال الذكاة في المنفوذة المقاتل من المباحات، فعلى أن الحياة المستعارة كالعدم: لا يصلي على منفوذ المقاتل الذي رفع حيا من المعركة مغمورا.. لم يأكل ولم يشرب حتى مات.. ولا يغسل، ويلزم القصاص على منفذ مقاتل الرجل دون المجهز عليه، فيعاقب عليه فقط، ولا تعمل الذكاة في المباح المنفوذ المقاتل، وهذا هو المشهور في المسائل الثالث، وهو رواية ابن الجلاب في المسألة الأولى، ورواية سحنون وعيسى عن ابن القاسم في الثانية، وقول الباجي وابن رشد في الثالثة، وعلى أن الحياة المستعارة ليست كالعدم: يغسل منفوذ المقاتل الذي رفع من المعركة مغمورا ثم مات، ويصلى عليه في المسألة الأولى، ويلزم القصاص في المسألة الثانية على المجهز على منفوذ المقاتل، ويعاقب المنفذ لمقاتله فقط، وتعمل الذكاة في منفوذ المقاتل من المباحات، وهوسماع أبي زيد عن ابن القاسم في المسألة الثانية، وهو قول ابن وهب في المسألة الثالثة، وفصل اللخمي فيها فقال: إن كان إنفاذها بموضع الذكاة، وذلك فري الأوداج: لم تؤكل؛ وإلا فقولان في المدونة: لا تؤكل مقطوعة النخاع، ولابن القاسم أكل منتثرة الحشوة.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: إذا قال الإمام: من قتل قتيلا فله سلبه فأنفذ رجل مقتل رجل، وأجهز عليه آخر.. فسلبه للأول دون الثاني. قاله سحنون. ولايتخرج كونه الثاني من أحد قولي ابن القاسم المتقدمين فيمن أنفذ مقاتل رجل ثم أجهز عليه آخر؛ لصيرورته بالإنفاذ أسيرا، ولا سلب في قتل الأسير، بل يتخرج عليه حرمانهما.

هـــل الكتابـــةُ شـــراءُ الرقبَـــهْ		أو خِدمـــةُ العبـــدِ الـــذي قـــد كاتبـــهْ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في الكتابة هل هي شراء رقبة؟، أو شراء خدمة العبد الذي كاتبه سيده؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف فيما إذا أعتق السيد أمة مكاتبة.. ثم عجز المكاتب.. هل تعتق بالعتق الأول بناء على أن الكتابة شراء خدمة؟، أو تفتقر إلى استئناف عتق بناء على أنها شراء رقبة؟.

ومن فروعها: الخلاف في جبر السيد مكاتبته على النكاح، فعلى أن الكتابة شراء خدمة: يجبرها عليه، وعلى أنها شراء رقبة: لا يجبرها عليه، وهو المختار.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم فطرة المكاتب لسيده، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: لا تلزم فطرته لسيده، وعلى أنها شراء خدمة: تلزمه، وهو المشهور، والقولان مرويان عن مالك، وروى ابن الجلاب عن مالك أنها ساقطة عنه.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم الظهار لمن ظاهر من مكاتبته.. ثم عجزت، فعلى أن الكتابة شراء خدمة: يلزمه الظهار، وعلى أنها شراء رقبة: لا يلزمه؛ لأنها رجعت إليه بملك جديد وقد كانت في غير ملكه حين الظهار، وهو المشهور، وبه قل سحنون، وعزي لابن القاسم.

ومن فروعها: الخلاف في بر من حلف ليضربن عبده فلم يضربه حتى كاتبه، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: لا يبر بضربه إياه بعد الكتابة، وعلى أنها شراء خدمة: يبر، وهو لابن القاسم، والأول لأشهب.

ومن فروعها: الخلاف في غلة المكاتب أي المأخوذ من كتابته إذا كان للتجارة هل هو كفائدة يستقبل بها حولا.. بناء على أن الكتابة شراء خدمة؟، أو تجب فيه الزكاة حين قبضها.. بناء على أنها شراء رقبة؟، والمشهور الأول.

ومن فروعها: الخلاف في شراء أحد الزوجين كتابة الآخر، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: يفسخ النكاح قبل العجز، وعلى أنها شراء خدمة: لا يفسخ قبله، وأما بعد العجز فيفسخ اتفاقا.

ومن فروعها: الخلاف في وجوب الاستبراء للمكاتبة إذا عجزت وكانت تتصرف، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: تستبرأ وجوبا، وعلى أنها شراء خدمة: لا تستبرأ، والأول لابن القاسم، والثاني لأشهب، وهو ظاهر المدونة، وعلى الأول اعتمد خليل في مختصره.

ومن فروعها: الخلاف في بقاء المكاتب على ما كان عليه من الإذن إذا عجز، وقد كان مأذونا له قبل الكتابة، فعى أن الكتابة شراء رقبة: لا يبقى مأذونا له، بل يرجع محجورا عليه حتى يجدد له سيده الإذن، وعلى أنها شراء خدمة: يبقى على ما كان عليه من الإذن.

ومن فروعها: الخلاف في عود الوصية بعتق العبد أو بكونه لفلان إذا كاتبه سيده بعد الإيصاء ثم عجز، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: لا تعود الوصية في العبد، وعلى أنها شراء خدمة تعود فيه، والقولان بناهما السجلماسي على القاعدة.

ومن فروعها: الخلاف في محاسبة مستحق العبد الذي كاتبه سيده الذي صار له في سهمه من المغنم، أو ابتاعه من دار الحرب وعلم أنه لمسلم، وقلنا إن لربه أن يأخذه بالثمن، فعلى أن الكتابة شراء خدمة: لا يحاسب بما أخذ منها؛ لأنها من غلته، والغلة للمستحق منه.

ومن فروعها: الخلاف في كتابة الكافر للمسلم، فعلى أن الكتابة شراء رقبة: تمضي، وعلى أنها شراء خدمة: تبطل، ومذهب المدونة أنها تمضي، وتباع عليه.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: لم يختلفوا -فيما علمت- أن من قال إن كلمت فلانا فعبدي فلان حر.. فكاتبه.. ثم كلمه أنه يعتق عليه، وهو نص العتق الأول من الكتاب، والجاري على أن الكتابة شراء رقبة أن لا عتق كما لو باعه ثم كلم فلانا إلا أن يفرق بالاحتياط للعتق، ومراعاة القول بأن الكتابة شراء خدمة.

قال: وانظر إذا مثل بعبد مكاتبه.. ثم عجز بعد أن أدى السيد أرش الجناية للمكاتب، وانظر إذا وطئ أمة مكاتبة قبل العجز هل يحد؟، أو لا؟.

قلت: والظاهر عندي -وهو مقتضى مذهبنا-: أن لا حد عليه؛ لأن له فيها شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وهـل مـن البيـعِ أو العتـقِ تُعـدْ في ذاك خلـفٌ بيـنهمْ قِـدْماً وَردْ

يعني أن الخلاف ورد بين الفقهاء في الكتابة.. هل هي تعد من قبيل العتق؟، أو من قبيل البيع؟.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في إمضاء كتابة المدين المستغرق، فعلى أنها من قبيل العتق: ترد؛ إذ ليس له التبرع في ماله حينئذ، وعلى أنها من قبيل البيع: تمضي، والقولان حكاهما خليل في مختصره من غير ترجيح بينهما، ومحلهما إذا كانت كتابة المثل، أما إذا كانت أقل منها.. فإنها ترد اتفاقا.

ومن فروعها: الخلاف في إمضاء كتابة المريض، فعلى أن الكتابة من ناحية البيع تمضي مطلقا أي حمله الثلث.. أم لا، وعلى أنها من ناحية العتق لا تمضي إلا إذا حمله الثلث، فإن لم يحمله الثلث بأن كانت قيمة المكاتب أكثر من الثلث خُيِّر الورثة بين أن يمضوا الكتابة، أو يعتقوا منه ما حمله الثلث، والقولان لابن القاسم، والمشهور الأول، ومحل القولين إن لم تكن بمحاباة، وإلا ففي ثلثه اتفاقا، فإن حملها عتق كله، وإلا عتق منه ما حمله الثلث.

ومن فروعها: الخلاف في كتابة العبد المأذون له من غير إذن سيله، والولي لعبد محجور، والذمي لعبده، فعلى أن الكتابة من ناحية البيع: تجوز كتابة كل من الثلاثة وتلزم، وعلى أنها من قبيل العتق: لا تجوز كتابة المأذون بغير إذن سيله، ولا كتابة الولي لعبد محجوره، ولا تمضي إن وقعت، ولا تلزم كتابة الذمي، بل إن شاء نقضها وباع مكاتبه، والمشهور جواز كتابة الولي لعبد محجوره إذا كانت نظرا.. سواء كان أبا أو وصيا أو مقدم قاض، والقول بعدم الجواز حكاه المتيطي، والمشهور في كتابة العبد المأذون أنها لا تجوز بغير إذن سيله، وهو مذهب المدونة في هاتين المسألتين، وأما كتابة الذمي لعبده، فالقول بعدم لزومها له لابن أبي زيد في رسالته، والقول بلزومها له وقع في رواية أحمد.. قال: ليس له نقضها؛ لأن هذا من التظالم الذي لا ينبغي للحاكم أن يتركه عليه.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: قال الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله: أما إن كانت الكتابة على الخراج وما قاربه فهما من ناحية العتق، والعتق بابه باب الهبات، وما لم يخرج بعوض فله الرجوع عنه، ولا يجبر على الوفاء به -يعني الذمي- وإن كان أكثر من الخراج بالشيء الكثير كانت من ناحية المبيعات والمعاوضات، فيحكم بينهم إذا امتنع السيد من الوفاء بها كما يحكم في البيع.

من أَسقطَ الحقَّ قُبيلَ ما وجبْ وبعدَ أنْ جرى له به سَببْ
قيل له الرجوعُ عما التزَما وقيل لا والقولُ الاولُ سَما

يعني أن من أسقط حقه قبل وجوبه وبعد جريان سببه.. اختلف الفقهاء فيه على مذهبين: فقيل له الرجوع عما التزم من إسقاطه لحقه قبل وجوبه؛ إذ وجب حقه، وقيل ليس له الرجوع عنه، والقول الأول هو المشهور.

ومن فروع القاعدة: الخلاف في لزوم إجازة الورثة لهم إذا أجازوا وصية مورثهم لوارثه، أو بأكثر من الثلث في حياته.. ثم أرادوا الرجوع عنها بعد أن مات، فعلى أن لمن أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه الرجوع عنه إذا وجب: يكون لهم الرجوع عن الإجازة للوصية المذكورة، وعلى أنه ليس له الرجوع عنه: لا يكون لهم الرجوع عنها: بل تبقى للموصى له، وهو المشهور، ومذهب المدونة والموطإ، والأول لعبد الملك، والثاني مقيد بما إذا لم يكن للوارث المجير عذر من كونه في نفقته أو دينه أي الموصي؛ بأن كان يخاف أن يقطع عنه النفقة أو يطالبه بدينه إذا لم يجز وصية، أو كان ذا سلطان وخاف من سطوته، وأن لا يكون الوارث المجيز ممن يجهل أن له الرد، فإن كان له عذر من هذه الأعذار الأربعة لم تلزمه إجازته للوصية المذكورة.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم اختيار النفس أي الطلاق لذات الشرط، والأمة المعتقة تحت العبد.. إذا اختارت كل منهما نفسها على تقدير فعل الزوج للمشروط أو عتق الأمة؛ بأن قالت ذات الشرط اشهدوا أن زوجي إن تزوج علي فقد اخترت نفسي، وتقول الأمة إن أعتقت تحت زوجي العبد فقد اخترت نفسي.. ثم تزوج الزوج على امرأته، أو أعتقت

الأمة.. فعلى أن من أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه يلزمه إسقاطه بعد وجوبه: يلزم المرأة ذات الشرط والأمة المعتقة تحت العبد إسقاطهما لحقهما من البقاء تحت عصمة زوجهما بعد وجوبه إذا أرادتا البقاء تحتهما، وعلى أن من أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه لا يلزمه إسقاطه إذا وجب: لا يلزمهما لحقهما المذكور، بل يكون لهما اختيار البقاء تحت العصمة، والقولان منصوصان في ذات الشرط الأول لمالك، وهو المشهور، والثاني للمغيرة، وأما المعتقة تحت العبد فالمنصوص فيها عدم لزوم الإسقاط لها، وهو المشهور، ولها اختيار البقاء تحت العصمة، والقول بلزوم الإسقاط لها لم أقف عليه منصوصا؛ لكن قال السجلماسي في شرح المنهج إنه لا يبعد تخريجه فيها على نظائرها، وكذا إذا قالت ذات الشرط إن تزوج علي زوجي فقد أسقطت شرطي، أو قالت زوجة العبد إن أعتقت فقد اخترت زوجي.. فتزوج الزوج أو عتقت الأمة، فعلى أن إسقاط الحق قبل وجوبه لازم: يلزمها ذلك، وليس لهما اختيار الطلاق، وعلى أنه غير لازم: يكون لهما اختيار الطلاق ولا يلزمهما الإسقاط لحقهما منه قبل وجوبه، والمشهور في ذات الشرط اللزوم، فليس لها اختيار الطلاق بعد التزوج، والمشهور في الأمة عدم اللزوم، ولها اختيار الطلاق بعد العتق.

ومن فروعها: الخلاف في لزوم إسقاط الشفعة لمن أسقطها قبل البيع إذا أرادها بعد البيع، فعلى أن من أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه يلزمه إسقاطه إذا وجب: يلزم الشريك إسقاط الشفعة قبل البيع، ولا يكون له الرجوع فيهما بعده وهو المنصوص، وعلى أن من أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه لا يلزمه إسقاطه إذا وجب: لا يلزم الشريك إسقاط شفعته، بل يكون له الرجوع فيها بعد البيع، وهذا القول مخرج، وهو المشهور.

ومن فروعها: الخلاف في الرجوع عن الإذن لمن أذنت لزوجها الذي حلف أنه لا يتزوج عليها إلا بإذنها.. ثم أرادت الرجوع عن الإذن قبل أن يتزوج، فعلى أن من أسقط حقا قبل وجوبه وبعد جريان سببه يلزمه إسقاطه بعد وجوبه: لا يكون لها الرجوع عن الإذن، وعلى أنه لا يلزمه إسقاطه: يكون لها الرجوع عن الإذن.

هل بَيتُ مالٍ وارثٌ أو جامِعُ لضائعِ الأموالِ خُلفٌ شائعُ

يعني أن الفقهاء اختلفوا في بيت المال هل هو كالوارث المعين، وبه قال محمد؟، أو جامع للأموال الضائعة، وبه قال النعمان؟.

ومن فروعها: الخلاف في مضي وصية من لا وارث له بجميع ماله وإقراره بوارث مجهول.. فعلى أن بيت المال كالوارث المعين: لا يمضي من الوصية المذكورة إلا الثلث، ولا يمضي إقراره بالمجهول، وعلى أنه غير وارث وإنما هو جامع للأموال الضائعة: تمضي الوصية بجميع المال، ويصح إقراره بالوارث المجهول، والمشهور الأول، والثاني مذهب أبي حنيفة وبعض المالكية.

وقال ابن القاسم إن كان الإمام مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.. يعني وتبطل الوصية بزائد الثلث، ومفهوم كلامه أن الإمام إذا لم يكن عدلا مثل عمر بن عبد العزيز تمضي الوصية بجميع المال.

فصل في القسم الثاني من القواعد التي لا يشار فيها إلى خلاف:

تقديرُ موجودٍ كما قد عُدِما وعكسُه أصلانِ عند العُلَما

يعني أن تقدير الموجود كالمعدوم أي إعطاءه حكم المعدوم وعكسه، وهو تقدير المعدوم كالموجود أي إعطاءه حكمه أصلان عند العلماء المالكيين.

ومن فروع الأصل الأول: إلغاء الغرر اليسير والجهل اليسير في البيع إعطاءً لهما حكم المعدوم، وإلغاء الحدث والخبث إذا عسر الاحتراز عنهما.. إعطاء لهما حكم المعدوم، وإلغاء دم البراغيث، ونجاسة ثوب المرضعة.. إعطاء لهما حكم المعدوم.. فيعفى عنهما، وإلغاء الوارث الكافر أو العبد فلا يرث من المسلم والحر.. إعطاء له حكم المعدوم.

ومن فروع الأصل الثاني: تقدير ملك المقتول خطأً للدية قبل الموت ليصح إرثها عنه، فيعطى حكم الموجود وهو معدوم؛ لأن الدية لا تثبت إلا بزهوق الروح والميت ليس من أهل الملك.

ومنها: تقدير النية ممتدة في أجزاء الفعل ذي الأجزاء إلى آخرها مع أنها معدومة في بعضها.. فتعطى حكم الموجود ليصح الفعل المشترط فيه.

ومنها: تقدير الإيمان موجودا في المؤمن النائم والغافل.. فيعطى حكم الموجود ليعصم دمه وماله مع أنه معدوم فيه حين النوم والغفلة.

ومنها: تقدير الكفر موجودا في الكافر النائم والغافل مع أن الكفر معدوم فيه حين الغفلة والنوم.. فيعطى حكم الموجود ليباح دمه وماله.

ومنها: تقدير دوران الحول على الربح والنسل مع أنهما معدومان في بعض الحول.. فيعطيان حكم الموجود فتجب الزكاة فيهما تبعا لأصلهما.

ومنها: تقدير ملك المعتق عنه للمعتق قبل العتق مع أن ملكه له حينئذ معدوم فيعطى حكم الموجود؛ ليكون الولاء له.

ومنها: تقدير الغذاء المخالط للماء الموافق له في أوصافه مخالفا له مع أن مخالفته له معدومة فتعطى حكم الموجود فيسلبه الطهورية.

ومنها: تقدير رفع الواقع كالرد بالعيب يقدر أنه رفع للبيع من أصله مع أن رفع البيع من أصله معدوم.. فيعطى حكم الموجود لتكون مصيبة المبيع إذا هلك بعيب التدليس من بائعه المدلس.

ومنها تقدير الأثمان في الذمم فيقدر الذهب والفضة والعروض والطعام في السلم وغيره في الذمم وهي أجسام لا يتصور كونها في الذمم حقيقة، بل هي معدومة فيها ضرورة فتعطى حكم الموجود ليصح بيعها.

ومنها: تقدير منافع العامل في القراض والمساقاة والإجارة والكراء موجودة مع أنها معدومة حين المعاملة.. فتعطى حكم الموجود ليصح بيعها.

ومن فروع الأصل الأول وهو إعطاء حكم الموجود حكم المعدوم: إلغاء الماء الذي عند المسافر إذا كان يحتاجه لعطشه أو عطش محترم معه.. فيعطى حكم المعدوم فيباح له التيمم معه.

ومنها: إلغاء النصاب الكائن عند من غلبه الدين فيعطى حكم المعدوم فتسقط عنه زكاته.

ومنها: إلغاء الرقبة الكائنة عند المكفر مع حاجته الضرورية إليها.. فتعطى حكم المعدوم ليسقط عنه عتقها.

ومنها: إلغاء النصاب الكائن عند من لا يكفيه لعامه.. فيعطى حكم المعدوم ليجوز إعطاء الزكاة له.

تنبيه: من التقديرات الشرعية إعطاء المتأخر حكم المتقدم كمن رمى سهما أو حجرا ثم مات الرامي فأصاب السهم أو الحجر شيئا بعد موته فأفسده، فإنه يلزمه ضمانه، ويقدر الفساد وقع متقدما في حياته، وكذا الذي حفر بئرا ثم مات فوقع فيها شيء بعد موته فهلك، فيلزمه ضمانه، ويقدر كأنه وقع متقدما في حياته.

ومنها: إعطاء المتقدم حكم المتأخر كتقديم النية في الصوم والطهارة فتقدر متأخرة مقارنة للصوم والطهارة، وكتقديم زكاة الفطر وزكاة الماشية والعين قبل الهلال والحول بيسير فيجزئ ويقدر الإخراج كأنه وقع بعد رؤية الهلال والحول؛ ليترتب الحكم على سببه.

وكلُّ مَن قصدَ قصْداً قدْ فَسدْ　　　فالحكمُ أنْ يُعطى نقيضَ ما قَصدْ

يعني أن كل من قصد بفعل فعله قصدا فاسدا، فالحكم الشرعي أن يعامل بنقيض ما قصد.. عقوبة له على قصده الفاسد، وهذا أصل من أصول المالكية.

ومن فروعه: حرمان القاتل عمدا من الميراث البتة؛ لأن قصده بقتل موروثه: طلب الميراث.. فيعاقب بالحرمان منه.. معاملة له بنقيض قصده، ولو قتله بشبهة.

ومن فروعه: بطلان الوصية للوارث، أو بأكثر من الثلث إذا كانت لقصد الضرر، وفيها قولان، فقيل تبطل كلها معاملة له بنقيض قصده، وقيل يبطل الزائد فقط، والأول هو ظاهر قوله تعلى ﴿غير مضار﴾ وهو ظاهر قول المدونة: لا تجوز الوصية بالضرر، والثاني هو ظاهر الرسالة.

ومنها: عدم فوات البيع الفاسد بالبيع الصحيح إذا قصد به المشتري الإفاتة، وهذا هو المشهور، وبه قال عياض، خلافا لأبي الحسن اللخمي.

ومنها: عدم بطلان السلم إذا هرب المسلم برأس المال، أو امتنع من دفعه حتى حل الأجل، أو امتنع المسلم إليه من أخذه حتى حل الأجل فلا يفسخ السلم.. معاملة للممتنع منهما بنقيض قصده، بل يكون للأخير الخيار في فسخ البيع فيما وقع فيه التأخير، أو إمضائه. قاله المتيطي.

ومنها: عدم فساد الإقالة في السلم إذا هرب المقيل قبل قبض رأس المال قاصدا فسخ الإقالة، فلا تفسد الإقالة.. معاملة له بنقيض قصده.

ومنها: عدم بطلان الصدقة والهبة إذا امتنع المتبرع من دفعها ظلما حتى مات أو فلس، فإنها يقضى بها للمتصدق عليه والموهوب له بعد الفلس والموت إذا أثبتها بالبينة المرضية.. معاملة للمتبرع بنقيض قصده؛ لأنه فاسد.

ومنها: عدم فسخ النكاح بالردة إذا ارتدت المرأة قاصدة فسخه، فلا يفسخ معاملة لها بنقيض قصدها، وبه أفتى العوفي، وبه قال يحيى بن يحيى، خلافا ليحيى بن عمر، وتوقف فيها ابن زرب.

ومنها: عدم زوال الإحصان بالردة إذا ارتد المحصن قاصدا زوال إحصانه.. ثم تاب وزنى، فإنه يرجم معاملة له بنقيض قصده، وبه قال ابن عرفة كما في المشذالي.

ومنها: ثبوت الإرث فيمن ارتد في مرضه قاصدا بذلك عدم ارث ورثته المسلمين منه فإنهم يرثون.. معاملة له بنقيض قصده، وهو قول مخرج لبعض المتأخرين، نقله الحطاب عن ابن ناجي في شرح الرسالة.. قال: وسلمه المغربي.

ومنها: قطع من سرق نصابا في مرات، وهو يقدر أن يأخذه في مرة واحدة تحيلا منه في عدم القطع، فإنه يقطع.. معاملة بنقيض قصده، وبه قال سحنون، ونقله اللخمي عن مالك من رواية أشهب، وقال ابن القاسم لا يقطع. وإياه اعتمد خليل في مختصره.

ومنها: ثبوت الجبر على البكر إذا زنت قاصدة زوال الجبر عنها، فإنها تعامل بنقيض قصدها فيبقى عليها حكم الجبر.

ومنها: عدم فسخ النكاح إذا اشترت المرأة زوجها قاصدة فسخ نكاحه إياها، وباعه منها سيده قاصدا لذلك، أو قصداه معا، فإنه لا يفسخ.. معاملة لهما بنقيض قصدهما، لأنه فاسد، وبهذا قال سحنون في المدونة، وهو المشهور، وقال ابن عرفة: وكذا لو قصده السيد وحده فإنه يفسخ.. معاملة له بنقيض قصده. واستظهره الحطاب.

ومنها: عدم حنث الزوج إذا قصدت الزوجة تحنيثه في يمين طلاق حلف لها بها أنها لا تخرج فخرجت قاصدة تحنيثه، فإنه لا يحنث.. معاملة لها بنقيض قصدها، وبه قال أشهب.

قال ابن رشد: ومال إليه أكثر أصحابنا؛ لكثرته من النسوة في هذا الوقت. انتهى من الحطاب، لكن المشهور أنه يحنث.

ومنها: لزوم الزكاة لمن أبدل ماشيته فرارا من الزكاة، فإنها تؤخذ منه.. معاملة له بنقيض قصده، وهذا هو المشهور.

قال ابن الكاتب: وإنما يعدها ربا إذا باع بعد الحول لا قبله.

ابن يونس: وليس بصواب؛ لأن بيعها بعد الحول قبل مجيء الساعي كبيعها قبل حولها؛ إذ حولها مجيء الساعي، فلا فرق.

ومنها: لزوم الدية لمن ارتحل من البلد التي وجبت بها بعد ما وجبت وقبل فرضها فرارا منها، فإنها تلزمه.. معاملة له بنقيض قصده، فتؤخذ منه حيث كان، وبهذا قال ابن القاسم وغيره.

ومنها: عدم فساد الصرف فيما إذا تأخر أحد العوضين غلبة، فإن أخره دافعه عمدا واتهم أنه قاصد لفساد الصرف، أو أخره غيره، فإنه لا يفسد.. معاملة له بنقيض قصده إذا كان الصرف وقع على النقد، وبهذا قال مالك وابن القاسم وهو المشهور. انتهى من التوضيح.

الباجي: والظاهر من المذهب فساد العقد إذا غلب أحدهما على الفرقة، والقول بعدم الفساد لمالك في العتبية والموازية.

ابن عبد السلام: والنفس أميل إلى عدم الفساد، وذكر اللخمي في الغلبة سواء غلبا معا أو غلب أحدهما.

ومنها: توريث المبتوتة في المرض.. معاملة لباتها فيه بنقيض قصده لاتهامه على أنه قاصد بذلك قطع إرثها منه، وهذا هو المشهور، وبه قضى عثمان لامرأة عبد الرحمن.

ومنها: إجبار المطلق في الحيض أو النفاس على المراجعة ما دامت العدة لاتهامه على أنه قاصد بذلك تطويل العدة عليها.

ومنها: رد صدقة الابن إذا تصدق بجميع ماله على بنيه؛ لئلا تجب عليه نفقة أبويه، فإن صدقته ترد.. معاملة له بنقيض قصده؛ لأنه فاسد؛ ولأن النفقة واجبة والصدقة تطوع، والواجب مقدم على التطوع.

ومنها: تمليك الوالد جميع ماله أو بعضه لبعض أولاده دون بعض؛ لأنهم بارون له دون من لم يملك، فيقصد إغاظة غير البار له وحرمانه، فإن تمليكه يرد. معاملة له بنقيض قصده؛ لأنه فاسد.

البرزلي: وهو الصواب.

كذا من استعجلَ شيئاً قبْلَ ما أوانِه فحكمُه أنْ يُحرَمَا

يعني أن من استعجل شيئا قبل أوانه المؤقت له شرعا، فحكمه أن يعاقب بأن يحرم منه، وهذا أصل من أصول المالكية.

ومن فروع هذا الأصل: تأبيد التحريم على من تلذذ من المعتدة بعد العقد عليها في العدة.. عقوبة له على استعجال التزوج بها قبل أوانه.

ومنها: تأبيد المرأة "المخببة" على من خببها.. عقوبة له على استعجاله التزوج بها قبل أوانه، وهو خلوها من زوج وعدة، وهذا القول هو اختيار بعض الشيوخ المتأخرين، وعليه استمر العمل بالمغرب.

ومنها: حرمان المدبر من العتق إذا قتل سيده المدبر له.. عقوبة له على استعجاله العتق قبل أوانه، وهو موت السيد بغير سببه.

ومنها: حرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي عمدا.. عقوبة له على استعجاله أخذه الوصية قبل أوانه، وهو موت الموصي بغيره.

ومنها: تأبيد التحريم على المتزوج في الإحرام.. عقوبة له على استعجاله التزوج قبل أوانه، وهذا القول مخالف للمشهور الذي هو نفي تأبيد التحريم.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: خالفوا هذا الأصل -يعني قاعدة معاملة الإنسان بنقيض قصده إذا كان قصده فاسدا- في مسائل.

منها: المتصدق بجميع ماله لإسقاط فرض الحج، ومنشأ السفر في رمضان للإفطار، ومؤخر الصلاة للسفر للتقصير، أو إلى الحيض للسقوط، ومؤخر قبض الدين فرارا من الزكاة، وبائع الماشية بعد الحول فرارا من زكاة عينها، وصانع الدنانير أو الدراهم حليا لإسقاط الزكاة، وذات الزوج تقصد بعطية الثلث فدونُ الإضرار بزوجها، وفيها ثلاثة أقوال، وانظر إذا قتل السيد أمته، أو المرأة نفسها أو زوجها قبل البناء، والمنصوص تكميل الصداق؛ لأن التهمة فيه أضعف، وكذلك أم الولد تقتل سيدها فلا تبطل بذلك حريتها، وكذلك الطالب بالدين إذا قتل مطلوبه قبل حلول أجله فإنه يحل بموته، ولايتهم بتعجيله، وكذلك السيد يقتل مكاتبه، فإن الكتابة تحل بموته، وكذلك من أعتق عبدا إلى موت دابة فقتلها العبد فقالوا تعمر الدابة ويعتق العبد بعد ذلك وانظر على هذه أو أعتقه إلى موت فلان فقتل العبد فلانا، وكذلك إن أوصى لعبد رجل أو أولاده أو زوجته فقتله السيد أو الأب أو الزوج.. قالوا لأنه لا يتهم أحد أنه يقتل من أوصى لعبده أو ابنه أو زوجته لعله يعطيه شيئا.

قال السجلماسي في شرح المنهج: ظاهر كلام الناظم -يعني علي بن القاسم الزقاق- حيث قال في آخر أبيات القاعدة ما نصه:

فيمن تبرعت خلاف قد علم.

قصر الخلاف على تبرع الزوجة بالثلث فدون.. قاصدة الضرر بزوجها، وأن ما عداه متفق عليه، وليس كذلك، بل قال ابن ناجي في شرح الرسالة في الصيام ما نصه: الإجماع من أهل العلم إنما هو إذا دخل عليه رمضان وهو مسافر، وأما إن سافر بعد دخوله ففيه خلاف بينهم. حكاه ابن عبد البر.

وقال الحطاب -في قول المختصر في الأوقات: وأسقط عذر حصل. - ما نصه: ذكر بعض طلبة العلم عن الزهري أنها لو أخرت عمدا عالمة بأنها يوم حيضها.. لزمها القضاء، وكذلك من سافر في رمضان لأجل الإفطار.. يعامل بنقيض مقصوده، وكذلك من كان عنده مال يحج به فتصدق به ليسقط عنه الحج، والله اعلم.

وقال ابن غازي في دين المحتكر: قال ابن عرفة: ولو أخره فارا ففيها زكاة عام واحد، وسمع أصبغ لكل عام، وبه قال ابن القاسم.

قال ابن الحاجب: وخولف ابن القاسم في هذه؛ إذ المشهور أنه لا يزكيه إلا لعام واحد.

وقال خليل في مختصره: ومن هرب بإبدال ماشيته أخذ بزكاتها. يريد أن من أبدل ماشية بماشية أخرى، أو بعرض، أو بنقد فرارا من الزكاة أنها لا تسقط عنه بذلك، وتؤخذ منه زكاة المبدل.. معاملة له بنقيض قصده.

وقال ابن شعبان تؤخذ منه زكاة الثمن.

والأصلُ أنْ يَبقى الذي قدْ كانا		على الذي عليه قبلُ كانا
حتى يُظنّ عدمُ البقاء أو		يُعلمَ فالنقلَ عن الأصل قفوْا

يعني أن الأصل عند مالك إبقاء ما كان على ما كان عليه قبل انتقاله حتى يظن عدم بقائه عليه، وقيل حتى يعلم عدم بقائه عليه، فـ"أو" في البيت لتنويع الخلاف.

ومن فروع هذا الأصل: القضاء ببقاء المثمون على ما كان عليه، وهو كونه بيد البائع عند التنازع في قبضه، وبقاء الثمن على ما كان عليه، وهو كونه بيد المشتري عند التنازع في قبضه، وبقاء الأجل على ما كان عليه عند التنازع في انقضائه وعدمه، وهو كونه لم ينقض،

وهذا هو المشهور في المسائل الثلاث، وهو مقيد في المسألتين الأوليين بما إذا لم يسكت المشتري بعد دفعه الثمن في المسألة الأولى، أو البائع بعد دفعه المثمون في الثانية.. زمنا طويلا لا يصبر إليه عادة؛ وإلا فلا يقضى للمشتري في الأولى بالمثمون، ولا للبائع في الثانية بالثمن، بل يصدق البائع في الأولى في دفع المثمون، والمشتري في الثانية في دفع الثمن، ومقيد أيضا بما إذا لم يجر العرف بقبض الثمن أو المثمون قبل التفرق، وإلا بأن جرى العرف به، فالقول قول مدعي الدفع عند التنازع فيه، وذلك كالبقل واللحم والمؤن أي خبز المؤن في قطرنا "ولاته" إذا بان بالثمن البائع، أو بالمثمون المشتري.

ومنها: بقاء العهدة عند التنازع في انقضائها، فيصدق فيه المشتري استصحابا للأصل وهو كون الضمان من البائع، وقيل يصدق البائع؛ لأن المشتري يحاول نقض بيع قد انعقد.

ومنها: ثبوت الضمان على البائع فيما إذا طرأ على المبيع بالعهدة عيب، ولم يعلم هل طرأ في العهدة؟، أو بعدها؟؛ لأن الأصل بقاؤه في ضمان البائع، فعليه الضمان حتى يثبت أن المبيع خرج من العهدة سالما، وهذا القول هو رواية ابن نافع عن مالك في المدونة، وقيل إن ضمانه من المشتري، فعليه إثبات أن العيب حدث في المبيع في العهدة، وبه قال ابن القاسم: قال ابن الحاجب: وهو الأصح. والأول أبين. قال اللخمي: وهو أقيس؛ لأن الأصل كونه في ضمان البائع، ووجوده بعد الثلاث مشكوك فيه فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك.

ومنها: ثبوت ضمان المبيع بالخيار على البائع إذا هلك وتنازعا هل مات في أيام الخيار؟، أو بعد انقضائها فيضمنه البائع حتى يثبت أنه مات في أيام الخيار؛ لأن الأصل بقاء ما كان، وهو الضمان على ما كان عليه، وهو كونه من البائع، وقيل إنه من المبتاع.

ومنها: بقاء المبيع على رؤية متقدمة على الصفة إذا تنازعا في بقائه عليها، فقال البائع هو باق عليها، وقال المشتري إنه تغير عنها، فيصدق البائع بيمين في بقائه عليها؛ لأن الأصل بقاء ما كان -وهو المبيع- على ما كان عليه، وهو الصفة التي رؤي عليها، وبهذا قال ابن القاسم.

وقال أشهب: القول قول المشتري بيمين أن المبيع تغير عن الصفة التي كان عليها حين الرؤية؛ لأن الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن فلا تعمر إلا بيقين. والمشهور الأول.

قال في التوضيح: وقيد اللخمي الخلاف بأن يكون ما مضى من المدة يشكل فيه الأمر.. هل يتغير فيه المبيع؟، أو لا؟، وأما إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله، فالقول قول البائع اتفاقا، وإذا بعد ما بينهما بحيث يقال إن المبيع يتغير، فالقول للمشتري.. قال: ويسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري كما إذا اشترى زيتا وقمحا رآه أمس سالما.. ويقون من الغد قد تغيرا، فاحمر الزيت، أو سوس القمح، فإنه يقطع بكذبه، ويصدق البائع في بقائه على الصفة التي رئي عليها أمس بلا يمين.

والأصلُ أنْ لا يُجمعَ العوضُ معْ معوَّضٍ عنه إذا الأصلُ امتنَعْ

يعني أن الأصل عند المالكيين أن لا يجتمع العوض مع أصله المعوض منه إذا امتنع الأصل المعوض منه، بل يتعين حينئذ العوض، ولا يجوز جمعه مع العوض منه.

ومن فروع هذا الأصل: تعيين التطهر بالتيمم عند عدم القدرة على الماء، ولا يجوز جمعه مع الوضوء أو الغسل.

ومنها: تعين المسح على العضو الذي أصل حكمه الغسل، ولا يجوز الجمع بين غسله ومسحه.

وقيل يُجمعانِ إنْ ضعفٌ جَلا في الأصلِ كيْ يَقوى بما قد أُبدِلا

وقيل إن العوض والمعوض منه يجمعان إذا جلا أي ظهر في الأصل المعوض منه ضعف، ولم يمتنع بالكلية؛ لكي يقوى الأصل الضعيف بالعوض الذي جعل بدلا منه، وذلك كما إذا لم يجد المحدث إلا ماء مستعملا في حدث، أو ماء قليلا مخلوطا بنجاسة لم تغيره، فإنه يتوضأ به، ويتيمم لصلاة واحدة، وبه قال الأبهري في الماء المستعمل في حدث. نقله عنه ابن بشير، وإنما جاز له جمع التيمم مع الماء؛ لضعف الماء بالشك، وقيل إنه يتركه ويتيمم وإن لم يجد غيره، وهو رواية أصبغ عن مالك، وابن القصار عن ابن القاسم في المستعمل في حدث.. قال فإن

توضأ به وصلى أعاد أبدا، وهو قول ابن القاسم في الماء المخلوط بنجاسة لم تغيره؛ لأنه قال إنه نجس، وعليه اقتصر أبو محمد في رسالته، وقيل إن الماء المذكور طهور؛ ولكنه يكره استعماله مع وجود غيره، وهو المشهور في المذهب، وقيل إن الماء المخلوط بنجاسة لم تغيره طهور من غير كراهة. نقله اللخمي عن رواية أبي مصعب وأنكره ابن بشير. انظر الحطاب.

وكما إذا كان الخف غير ساتر محل الفرض، فإن لابسه يجمع بين المسح والغسل، فيمسح ما ستره الخف، ويغسل ما بقي، وهذا القول رواه الوليد بن مسلم عن مالك، وهو خلاف المشهور، بل رده ابن عبد السلام، وطعن فيه الباجي، وقال إنه إنما يعرف للاوزاعي. وقال المازري والذهبي فيه عن بعضهم أنه مدلس.

والمنعُ للوعْد بما لا يُمكِنُ إيقاعُه في الحال أصلٌ بَيِّنُ

يعني أن منع المواعدة بالعقد الذي لا يمكن إيقاعه شرعا في الحال أي في حين المواعدة أصل بين أي ظاهر من أصول المالكية.

ومن فروعه: منع المواعدة بالنكاح في العدة من الزوج والولي أو المرأة، وهو ظاهر الآية أي قوله تعلى ﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾. وإياه اعتمد خليل في مختصره، وظاهر المدونة الكراهة..

قال ابن رشد: تكره في العدة إجماعا. ابن حبيب لا يجوز.

ومنها: منع المواعدة في الصرف، وهو ظاهر المذهب. ابن عبد السلام: وهو المشهور، وبه قال أصبغ وابن القاسم، وقال أصبغ: ويفسخ إن وقع، وقيل إنها مكروهة، وهو لمالك وابن القاسم، وصرح المازري بأنه المشهور من المذهب، وقيل إنها جائزة، وهو لابن نافع وابن عبد الحكم، واستحسنه اللخمي.

ومنها: منع المواعدة في بيع الطعام قبل قبضه.. قال في إيضاح المسالك: قال اللخمي: المواعدة في بيع الطعام قبل قبضه كالصرف، وقد اختلف فيه ابن رشد، فيكون فيها ثلاثة أقوال.

قال المقري: قاعدة أصل مالك: منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية للباب، ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك، وفي الصرف مشهورها المنع، وثالثها الكراهة وشهرت أيضا لجوازه في الحال، . وشبهت بعقد فيه تأخير، وفسرت به المدونة.

قلت: ظاهر كلام المقري هذا تحريم المواعدة بالبيع وقت نداء الجمعة، والمواعدة ببيع ما ليس عندك، ولم أقف عليه لغيره في هاتين المسألتين.

وللضرورةِ يُباحُ ما حُظِرْ إمّا اتفاقاً أو على الذي شُهِرْ

يعني أن المحظور أي المحرم يباح لأجل الضرورة اتفاقا في بعض المسائل، وعلى القول المشهور في بعضها.

قال المقري: قاعدة من الأقوال الجمهورية: الضرورات تبيح المحظورات.

ومن فروع هذا الأصل: جواز أكل الميتة للمضطر، ولحم الخنزير إن لم يجد الميتة، ومال الغير إن لم يجد الميتة والخنزير.

ومنها: شراب الخمر للضرورة لإساغة غصة. فهذه المسائل تبيحها الضرورة اتفاقا.

واختلف في إباحتها للربا كالسفاتج إذا عم الخوف سائر الطرق فإنها تباح للضرورة، بل تندب، و"السفتجة" هي الكتاب الذي يرسله المقترض إلى وكيله ببلد آخر أن يدفع للمقرض نظير ما أخذ منه في بلده، والأصل فيها المنع على المشهور؛ لأن المقرض فيها قد انتفع بالأمن من غرر الطريق، وقيده عبد الوهاب واللخمي بما إذا لم يغلب قطع الطريق، فإن غلب استحب صيانة للأموال؛ لأن الضرورة تبيح المحظور، وهذا هو المشهور. وكالتبر يعطيه المسافر وأجرته دار الضرب ليأخذ وزنه، قال ابن القاسم أراه جائزا للمضطر وقت

الحاجة. مالك وقد عملت به الناس في زمن بني أمية، ويفعله أهل الورع، وبالمنع قال الأكثر، وذكر ابن حبيب أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه على حال؛ ولهذا قال في البيان، الصواب عدم الجواز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة، وكجواز بيع النجاسة للضرورة نقله اللخمي عن أشهب في الموازية، وبه قال الملجشون، وأجرى اللخمي لابن القاسم قولا بجواز بيع العذرة من إجازة بيع الزبل، وأنكر ذلك عليه ابن بشير، وزعم أنه تخريج في الأصول من الفروع، وهو عكس القواعد، وما قاله اللخمي هو الظاهر؛ لأنه لا مانع لبيع كل منهما إلا النجاسة فإذا سلم اتحاد العلة وجب وجود الحكم معها حيث وجدت، وما فرّق به أبو عمران من أن نجاسة الزبل مختلف فيها، ونجاسة العذرة متفق عليها.. مبني على مراعاة الخلاف، والأصل عدمه، وهذا القول لا يوجب تخطئة الأئمة على أن هذا لا ينهض فرقا عند ابن القاسم؛ لما ألزم مالك منع بيع الزبل بالقياس على العذرة. قاله في التوضيح. وكجواز سلف القمح المسوس بشرط أن يرد فيه سالما، وسلف دقيق وكعك بشرط قضائه في بلد معين غير بلد القرض إذا كان هذا في عام الجوع والمسغبة، وقام دليل على أن المقصود نفع المقترض فقط.

تأخيرُ ما حلَّ كذا تَعجيلُ ما أُجِّلَ يُدعى سَلفاً في المعتَمى

يعني أن تأخير الدين الذي حل في ذمة المدين إلى أبعد من أجله يعد سلفا له اتفاقا، كذا تعجيل الدين المؤجل الذي لم يحل -أي قضاؤه لربه- قبل أجله.. يعد سلفا في القول المعتمى أي المختار، فكأن المدين المعجل للدين قبل أجله أسلفه لرب الدين ليقتضيه من نفسه عند الأجل، وهذا القول هو المشهور، وقيل إنه مؤد للدين فقط أي قاصدا براءة ذمته ولا سلف ولا اقتضاء، وهذا هو المنصور.

ومن فروع الأصل الأول: أنه لا يجوز لرب الدين أن يأمر المدين أن يصرفه له أو يسلمه لنفسه أو غيره؛ لئلا يكون سلفا بمنفعة أو فسخ دين في دين.

ومن فروع الأصل الثاني: مسألة الفرس المشهورة في بيع الأجل، وهي أن يسلم فرسا في عشرة أثواب إلى أجل، ثم يشتريه بخمسة منها، ويسترد معه خمسة.. قال في المدونة: لا يجوز لأنه إن كان يساوي دون الخمسة: دخله "ضع وأتعجل"، أو فوقها دخله "حط الضمان وأزيدك"؛ ولأنه بيع بخمسة، والخمسة الأخرى سلف من المعجل يأخذها في ذمته عند الأجل.

وكلُّ ما ثبوتُه يُفضي إلى عدمِه فنفيُه قد اعتلى

يعني أن كل أمر ثبوته يؤدي إلى نفيه، فنفيه ابتداء قد اعتلى على ثبوته أي فهو أولى منه؛ لأنه لو أثبت لانتفى، ولا فائدة في ذلك، فالأولى أن ينفي ابتداء.

ومن فروع هذا الأصل: فساد نكاح العبد إذا جعل العبد فيه صداقا لزوجته بشرط في العقد؛ لأن ثبوت كونه صداقا يلزم منه ملك الزوجة له، وذلك يلزم منه فسخ النكاح، فيبطل كون العبد صداقا؛ فلذا حرم النكاح ابتداء، ووجب فسخه إن وقع قبل البناء وبعده؛ لأن النكاح والملك لا يجتمعان.

ومنها: بطلان إقرار العبدين بالرق لمدعيه فيهما على سيدهما الذي أعتقهما؛ لأنا لو أثبتنا شهادتهما بالرق لمدعيه فيهما على سيدهما لصارا رقيقين، وبالرق تبطل شهادتهما فيرجعان معتقين لسيدهما المدعى عليه، ولا فائدة في ذلك، فالأولى إبطال شهادتهما ابتداء.

ومنها: بطلان خيار المعتقة تحت العبد قبل البناء إذا كان سيدها عديما، وقد أكل صداقها قبل أن يعتقها؛ لأنها لو ثبت لها الخيار واختارت نفسها سقط صداقها، وبسقوطه يبطل عتقها بصيرورة السيد مدينا، وإذا بطل عتقها بطل خيارها، ولا فائدة في ذلك، فالأولى إبطال خيارها ابتداء، وهذا هو المشهور، وقيل يثبت لها الخيار وتباع في دين الصداق؛ لما أوجبه الحكم، وقيل يثبت ولا تباع؛ لأنه طار بالاختيار بعد العتق.

ومنها: سقوط شهادة المعتق بجرحة شخص شهد في نكاح مثلا، وذلك الشخص هو الذي ثبت بشهادته مع شاهد آخر عتق المعتق الشاهد بجرحته؛ لأنا لو قبلنا شهادته بجرحة الشخص المذكور في شهادته بالنكاح بطلت شهادته، وإذا بطلت شهادته بطل عتق المعتق

الشاهد بالجرحة؛ لأنه إنما ثبت بها، وإذا بطل عتقه سقطت شهادته، ولا فائدة في ذلك، فالأولى إسقاطها ابتداء.

ومنها: سقوط شهادة العبدين اللذين ملت سيدهما، وله أمة حامل، وورثه عاصب فأعتق العبدين.. ثم شهدا بعد عتقهما بأن حمل الأمة من سيدها الميت، فشهادتهما ساقطة؛ لأن في قبولها إبطل عتقهما، وببطلان عتقهما تبطل شهادتهما، ولا فائدة في ذلك، فالأولى سقوطها ابتداء.

ومنها: بطلان البيع في مسألة بيع السيد لعبده من زوجته قبل الدخول في صداقها الذي ضمن لها، فإن البيع في هذه لا يصح؛ لأنه لو صح لملكت زوجها، وإذا ملكته فسخ النكاح، وإذا فسخ سقط مهرها، وإذا سقط المهر بطل البيع ابتداء، فلا فائدة في ذلك ،فالأولى أن يبطل البيع ابتداء.

ومنها: سقوط الشفعة فيما إذا اشترى اثنان عقارا دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما؛ لأنها لو وجبت لأحدهما لوجبت للآخر، ولو وجبت لهما لزم أن لا تجب لهما، ولا فائدة في ذلك، فالأولى أن لا تجب لأحدهما ابتداء.

ومنها: عدم لزوم الطلاق –على قول ابن شريح الشافعي– لمن قال لزوجته متى طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا.. ثم طلقها، فإنه قال لا يلزمه طلاق؛ لأنا إذا أثبتنا الطلاق المعلق عليه انتفى بحصول البينونة بطلاق الثلاث المعلق قبله، فلم يصادف محلا، فثبوته يؤدي إلى نفيه، وإذا انتفى.. انتفى طلاق الثلاث المعلق قبله، فصار ثبوته يؤدي إلى نفيه، فالأولى أن يبقى ابتداء. وقول ابن شريح هذا ضعيف. والمشهور لزوم طلاق الثلاث له وهو مذهب مالك؛ لأن قول ابن شريح يؤدي إلى اتخاذ آيات الله هزءا؛ إذ يلزم عليه أن كل شخص فعل مثل ذلك لا يمكنه الطلاق البتة، ويبقى يطلّق ولا يلزمه، وهو خلاف ما شرعه الله تعلى من الطلاق في حق كل زوج مسلم. والله أعلم.

تنبيه: قال الحطاب: وقع لمالك ما يدل على خلاف هذه القاعدة، وهو ثبوت ما يؤدي ثبوته إلى نفيه.. منه قوله: من أعتق ولده أو والده في مرضه بتلاً صح عتقه وورثه. مع أن ثبوت

إرثه يؤدي إلى نفيه؛ لأن العطية في المرض كالوصية، وهي لا تصح لوارث، فثبوت إرثه: يبطل العطية له، وبطلان العطية: يبطل حريته، وبطلان حريته: يبطل ارثه. ومنه قوله: بلزوم الثلاثة لمن قال لزوجته متى طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا مع أن ثبوت الطلاق المعلق عليه يؤدي إلى نفيه.

والأصلُ أنْ يُقضى على مَن أتلَفا ... مقوَّماً بقيمةٍ ذاتِ وَفا
إلا إذا كان جداراً هُدِما ... أو أمةً وطئها مَن أخدَما
أو غزْلا او حلياً وقبراً ردَمَهْ ... أو حُبُساً غصبَه وهدَمَهْ

يعني أن الأصل عند المالكية أن يقضى على من أتلف شيئا مقوما بقيمته الوافية به يوم التلف؛ إلا إذا كان المقوم المتلف جدارا هدما أي هدمه شخص تعديا، أو كان المقوم المتلف أمة وطئها من أخدما أي وطئها سيدها الذي أخدمها لغيره بكراء سنين.. زمن الخدمة قبل انقضائها، أو كان المقوم غزلا أو حليا استهلكه شخص تعديا، وقبرا ردمه أي أو كان المقوم المتلف تعديا قبرا ردمه شخص على ميت غير الذي حفر له تعديا.. إذا كان في أرض مملوكة للدفن، أو كان المقوم حبسا كدار مثلا غصبه وهدمه أي غصبه إنسان وهدمه، فإن المقوم في هذه المسائل الست يقضى فيه بالمثل.

أما مسألة الجدار غير المحبس ففي العتبية عن مالك أن على من هدمه بناء مثله، وبه قل الشافعي.

وأما مسألة الأمة المخدمة بكراء ففي المدونة قال مالك: من أخدم أمته رجلا سنين، ثم وطئها السيد فحملت منه كانت له أم ولد في ملائه، وتؤخذ منه مكانها أمة في مثل خدمتها، فان ماتت هذه والأولى حية.. فلا شيء عليه، وقيل تؤخذ منه قيمتها فيؤجر منها خادما، فإن ماتت الأولى أو انقضت السنون وقد بقي من القيمة شيء أخذها السيد، وإن نفدت القيمة والأولى حية ولم تنقض المدة لا شيء عليه.

وأما مسألة الغزل، ومسألة الحلي ففيها يقول ابن ناجي في شرح الرسالة عند قولها وكل ما يوزن أو يكال إلخ.. ما نصه: ظاهر كلام الشيخ أن من استهلك غزلا فعليه مثله، وهو كذلك عند ابن عبد السلام، وقال ابن القاسم: عليه قيمته. وكذلك اختلف ابن القاسم

وأشهب فيمن استهلك حليا، فعند ابن القاسم عليه قيمته، وعند أشهب عليه مثله إلا أن قول أشهب ليس في المدونة، وإنما نقله عنه ابن يونس.

وأما مسألة القبر فقال سحنون فيها: عليه أن يحفر مثله في ذلك الموضع. والمشهور أن عليه قيمته.

وأما مسألة الوقف فقال السجلماسي فيها: المشهور في المذهب أن على من هدمه - سواء كان من أهله أم لا - إعادته، وإياه اعتمد خليل في مختصره.

تنبيه: قال في إيضاح المسالك: أقام غير واحد من المحققين كابن سهل والباجي وابن رشد في مسألتي جلد البعير والشاة من المدونة.. القضاء بالمثل في العروض، وصرح الباجي بأنها رواية عن مالك، وبالقضاء في المقوم بالمثل كان يحكم آخر المجتهدين بفاس القاضي أبو محمد ابن تاغزرت.

والأصلُ في المثلي أن يُقضى على ... متلِفه بالمثل عند النُّبلا
إلا إذا كان مكيلاً جزفا ... أو لبناً صُرِّيَ أو قرْضاً وفى
في بلد الغلاء أو ماء غصبْ ... بعطش وبعدَ ذلك طُلبْ

والأصل في المثلي أن يقضى على متلفه بالمثل عند النبلا.. يعني أن الأصل في المثلي إذا أتلفه شخص أن يقضى عليه بمثله عند العلماء النبلاء، وهم المالكية إلا إذا كان المثلي المتلف مكيلا جزفا أي طعاما أو غيره بيع جزافا على الكيل؛ بأن كان صبرة بيعت على الكيل لكل قفيز كذا؛ فإن على متلفها قيمتها.. سواء كان متلفها بائعها بعد أن أخذها المشترى أو غيره، وفصل المازري فقال: إنما يقضى فيها بالقيمة إذا أتلفها الأجنبي، وأما إن أتلفها البائع عمدا فيلزمه مثلها تحريا، وإن أتلفها المشتري عد بإتلافه قابضا ولزمه الثمن. أو لبنا صري أو كان المثلي المتلف لبنا صري أي لبن شاة مصراة ردت لبائعها بعيب التصرية، فإن المشتري الراد تلزمه قيمة اللبن الذي حلب، وهي صاع من غالب القوت اتفاقا. وقرضا وفى في بلد الغلاء أي وكان المثلي قرضا أي سلفا وفى أي وقع في بلد الغلاء أي بلد غل فيه، وأراد المقترض قضاءه في بلد أرخص فيه فإنه تلزمه قيمته، وتعتبر يوم الحكم.

قال المواق: وفي نوازل البرزلي في رجل تسلف فلوسا أو دراهم في البلاد الشرقية ثم جاء مع المقترض إلى بلاد المغرب فوقع الحكم.. بأنه يغرم قيمتها يوم الحكم. وهو ظاهر الرهوني والمدونة.

أو ماء غصب بعطش وبعد ذلك طلب أي أو كان المثلي المتلف ماء غصب في زمان العطش أو مكانه ثم بعد ذلك أي بعد زوال العطش طلبه المغصوب منه من الغاصب، فإن الغاصب تلزمه قيمته بمكان العطش أو زمانه قاله في إيضاح المسالك.

والمشهور في المسألتين الأخيرتين لزوم القضاء بالمثل.

والمثلي: كل ما لا يعرف بعينه، وقيل هو ما يكال أو يوزن، والمقوم ما سوى ذلك مما ليس بعقار ولا حيوان.

تنبيه: ما ذكرنا من قاعدتي المثلي والمقوم هو مشهور مذهب مالك.

وذكر الباجي عنه القضاء بالمثل في جميع المتلفات.. مقومة كانت أو مثلية، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة.

يُنفي للأكبرِ من الضُّريْنِ الاصغر منهما بدون ميْنِ

يعني أن القاعدة عند المالكيين أن الأصغر من الضررين ينفي للأكبر منهما إذا التقيا، ومعنى نفيه له: أنه يجب ارتكاب الأصغر ودرء الأكبر.

ومن فروع هذا الأصل: جبر جار المسجد أو الطريق أو الساقية إذا أفسدها السيل على بيع داره.. سواء كانت حبسا أم لا؛ لتوسيع ما ذكر.. ارتكابا لأخف الضررين؛ لأن ضرر بيع الدار بصاحبها أخف من ضرر الناس بضيق المسجد أو الطريق أو فساد الساقية، وكذا إذا كانت الساقية من طريق المسلمين التي يسلكها العامة على جانب نهر فحفرها حتى قطعها، فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما توسع به الطريق.

ومنها: جبر محتكر الطعام على بيع طعامه بالثمن الذي اشتراه به إذا احتاج الناس إليه، وجبر رب الماء على بيعه لمن خاف على نفسه أو زرعه من العطش ومعه الثمن.

ومنها: جبر رب الفرس أو الجارية التي طلبها السلطان من الناس على بيعها لهم إذا كان السلطان يريد أن يضرهم ضررا أكبر منها إذا لم يدفعوها إليه.

ومنها: جبر رب المال في السفينة على طرح بعضه إذا خيف عليها الغرق لنجاتهم ونجاة بقية مالهم.

ومنها: جبر صاحب الفدان الذي في رأس الجبل على بيعه للناس إذا احتاجوا إليه للتحصن فيه من ظالم يريد ضرهم.

ومنها: جبر من بيده أسير كافر على بيعه من المسلم الذي يريد أن يفدي به أسيرا مسلما بيد الكافر إذا قال الكفار إنهم لا يقبلون في فدائه إلا أسيرهم الذي بيد ذلك المسلم.. فالجبر على البيع في هذه المسائل المتقدمة إنما هو لارتكاب أخف الضررين.

قال المواق -عند قول خليل: ومضى في جبر عامل. - ما نصه: كما يجبر الإنسان على بيع ماله لحق عليه.. كذلك يجبر ذو ربع على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة.. أفتى به ابن رشد، وكذلك قال سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقا هدمها نهر ولا ممر للناس غيرها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال. وكذلك أيضا في نوازل ابن رشد وابن الحاج أن رب العلج يجبر على بيعه لفداء مسلم إذا قال من هو بيده لا أفديه إلا به، وكذلك أيضا الماء لمن به عطش ومن انهارت بئره، والمحتكر على بيع الطعام، وجار ساقية البلد، وصاحب الفدان في قرن الجبل؛ ليتخلص الناس من ظالم، وصاحب الفرس يطلبه السلطان من الناس، فإن لم يدفعوه له جبرهم.

وقال أيضا -في قول خليل في الحبس: إلا لتوسيع مسجد. - ما نصه: سحنون لم يجز أصحابنا بيع الحبس إلا دارا بجوار المسجد احتيج أن تضاف إليه لتوسعته، فأجازوا بيعها لذلك، ويشترى بثمنها دار تكون حبسا.

ابن رشد: ظاهر سماع ابن القاسم أن ذلك في كل مسجد كقول سحنون.

وفي النوادر عن مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم: أن ذلك إنما يجوز في مساجد الجوامع، لا في مساجد الجماعات؛ إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع.

وقال عبد الملك لا بأس ببيع الدار المحبسة وغيرها، ويُكرِه الناسَ السلطانُ على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذي فيه الخطبة، وكذلك الطريق إليه، لا إلى المساجد التي لا خطبة فيها، والطريق التي في القبائل لأقوام.

قال مطرف: وإذا كان النهر بجانب طريق عظمى من طرق المسلمين التي يسلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها، فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما توسع به الطريق.. وقال في قوله: ولو جبرا، ابن رشد: اختلف متأخروا الشيوخ إن امتنعوا من البيع للمسجد.. فقال أكثرهم يؤخذ منهم بالقيمة جبرا، وهو الآتي على سماع ابن القاسم أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى.

ابن عرفة: في هذا نظر.

وقال المقري: قاعدة شرط البيع الرضى.. ثم قال -بعد ما تكلم على أن البيع يمضي في جبر العامل إذا كان شرعيا- ما نصه: قلت: وكذلك من جبره الحق على البيع لعارض من العوارض كبيع الماء لمن به عطش، أو خاف على زرعه، والمحتكر، وجار المسجد إذا ضاق، والسيل إذا أفسد الطريق، وصاحب الفدان في معقل إذا احتاج إليه وصاحب الفرس أو الجارية يطلبه السلطان فإن لم يفعل ضر الناس. هكذا في الذخيرة.

وفي الإجماع لابن حزم أن هذا لا يجبر إجماعا.

فرع: قال البرزلي: نزلت مسألة وهي أن قطا عمي وفرغت منفعته.. فاستفتى فيها شيخنا فأفتى بوجوب إطعامه ولا يقتل، وكذا ما أيس من منفعته لكبر أو عيب، وكذا ذبح القطوط الصغار، والحيوان الصغير؛ لقلة غذاء أمهاتها وإراحتها من ضعفها، والصواب في ذلك كله عندي الجواز لا ارتكاب أخف الضررين.

قال الحطاب ووقعت في بلد برقة فأفتى بالإجهاز عليها لإراحتها، ونقلها في العتبية. ومن هذا إذا رميت سفينة بنار.. ففي المدونة لا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر؛ لأنهم فروا من موت إلى موت، ولم يره ربيعة إلا لمن طمع في نجاة، أو أمن وإن هلك فلا بأس، وعن ربيعة إن صبر فهو أكرم وإن اقتحم فقد غرقوا ولا بأس به.

ومِـن هنـا يُجبَـرُ ذو اليـسيرِ لأن يَبيعَـه لـذي الكثيـرِ

أي ولأجل وجوب ارتكاب أخف الضررين يجبر صاحب المال اليسير على أن يبيعه من صاحب المال الكثير إذا دار الهلاك بينهما وكان في هلاك أحدهما سلامة الأخر.. وذلك كما إذا دخل ثور رأسه بين غصني شجرة كرم أو نخلة ولم يستطع أن يخرجهما، فقال الداودي ينظر إلى الأقل قيمة منهما، فإن كان الثور أقل قيمة من الأغصان ذبح، وإلا قطعت الأغصان، وأعطى رب الثور لصاحبها قيمتها.

قلت: أي يجبر صاحب الأقل قيمة منهما على البيع لصاحب الأكثر قيمة ارتكابا لأخف الضررين.

وقال ابن الفخار: إن كان الثور دخل الحائط ليلا، فأدخل رأسه بين غصني شجرة منه قرضت قرونه وخلصت الشجرة، وإن دخل نهارا قطعت الشجرة وخلص الثور؛ لأن على أصحاب المواشي حفظها بالليل، وعلى أصحاب الحوائط حفظها بالنهار.

وكما إذا وقع دينار في محبرة ضيقة لا يمكن إخراجه منها، أو لقطت دجاجة فصا، فإنه يجبر صاحب القليل منهما على البيع من صاحب الكثير لرفع الضرر، فإذا كانت قيمة الدينار أو الفص أقل أجبر صاحبها على بيعها من صاحب المحبرة أو الدجاجة، فيعطيه قيمته، وإن كانت قيمة المحبرة أو الدجاجة أقل أجبر صاحبها على بيعها من صاحب الدينار أو الفص، فتكسر المحبرة، وتذبح الدجاجة، ويعطى قيمتها لربها، وإن شاء رب الدجاجة أن يأخذها مذبوحة فله ذلك، ولا شيء له على رب الفص، وكما إذا كان في الدار المبيعة فصيل فأقام فيها حتى كبر وصار لا يقدر أن يخرج من الباب، فقال ابن عبد الحكم ليس على المبتاع قلع بابه، ويذبح صاحب البعير بعيره،

ونزلت باشبيلية فكتب بها إلى القيروان، فقل أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الباب ويبنيه البائع إن كان لا يبقى بعد البناء عيب ينقص الدار، وإن كان يبقى بعده عيب ينقصها. قيل للمبتاع ادفع قيمة البعير، فإن أبى قيل للبائع أزله وأعطه قيمة العيب، فإن أبى تركا حتى يصطلحا، قل أبو بكر بن عبد الرحمن: إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنها للبائع لزمه إخراجها، وإن لم يعلم وكان الذي يهدم يسيرا أهدمه وأصلحه.

قلت: الجاري على القاعدة: أن ينظر إلى الأقل قيمة من الباب والبعير، فإن كان الباب أقل قيمة أجبر صاحبه على كسره ويبنيه له صاحب البعير بعد أن يخرجه، وإن كان البعير أقل ذبح وأخرج صاحبه لحمه وكانت مصيبته منه.

ويجبُ القضا لذي العمومِ على الذي خَصَّ من الخصومِ

ولأجل ارتكاب أخف الضررين أيضا يجب القضاء لذي العموم أي يجب القضاء للعامة على الذي خص من الخصوم أي على الخاصة إذا تعارض ضرران متعلقان بالعامة والخاصة أي أحدهما متعلق بالعامة، والثاني متعلق بالخاصة، فيجب أن يرتكب الضرر المتعلق بالخاصة، ويدرأ الضرر المتعلق بالعامة كما لو كانت بهيمة تعدو على في زروع الناس فتأكلها، فإنها يجب أن تباع على ربها بموضع لا زرع فيه تعدو عليه؛ لأن ضرر بيعها على ربها خاص به، وضرر بقائها عام على جميع الناس؛ فلذا وجب بيعها لوجوب القضاء للعامة على الخاصة، وكذلك كل حيوان يتعدى على الزروع والأشجار فيأكلها كالنحل والدجاج الطائرة والأوز وشبهها، فإنها يجب أن تغرب عن ذلك الموضع إلى موضع لا زرع فيه.

قال مطرف وابن حبيب: يمنع من اتخاذها؛ لأنها طائر لا يستطاع الاحتراز عنها كما يستطاع في الماشية.

وقل ابن القاسم وأصبغ: النحل والحمام والدجاج كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت، وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم. ومثله لابن كنانة، قل ابن عرفة: كثيرا ما تقع هذه النازلة، والصواب الحكم فيها بقول مطرف وابن حبيب، وإن كان خلاف قول ابن القاسم.

وقال ابن ناجي: قال في البيوع الفاسدة من المدونة: وإن كانت المواشي تعدوا في زروع الناس.. فأرى أن تغرب وتباع ببلد لا زرع فيه إلا أن يحبسها أربابها عن الناس. قاله ابن يونس.

قال ابن ناجي: قال بعض فضلاء أصحابنا: يؤخذ منها نفي من يضرب على خطوط ونفي من يأخذ الحيوان بالعين وفي الآدمي يسجن؛ لأن في النفي نقل مفسدته.

قال ابن ناجي: ولا يخفى ضعف ما ذكر من الأخذ، والحق عندي أن يسجن من ذكر؛ لأن به تؤمن غائلته، وأما من يؤذي الناس بالغيبة فإن أدبه كاف في زجره.. قال شيخنا أبو مهدي: وأفتى أبو عمر والاشبيلي بأنه يخرج من المسجد.

ابن عرفة: وكان القضاة ببلدنا ينفون من ظهر عليه الضرب على الخطوط بعد تأديبه بحسب اجتهادهم إلى بلد المشرق.

وقال المازري: قال العلماء: ينبغي أن يجتنب من عرف بإصابة العين، ويحترز منه، وينبغي للإمام أن يمنعه من مداخلة الناس، وأن يلزم بيته، وإن كان فقيرا أجرى عليه رزقه من بيت المال، ويكف أذاه عن الناس؛ لأن ضرره أشد من ضرر آكل الثوم الذي منعه ﷺ دخول المسجد؛ لئلا يضر بالناس، ومن ضرر المجذوم الذي نهاه عمر عن مخالطة الناس، ومن ضرر المواشي العادية التي أمر بتغريبها. انتهى على نقل المنجور.

يُرتكبُ الأخفُّ في تقابُلِ   ذوي كراهةٍ ومنعٍ حاصلِ

يعني أنه يجب ارتكاب الأخف من المكروهين أو الممنوعين إذا تعارضا، ولم يمكن الخروج عنهما، فـ"الواو" في قولنا "ومنع" بمعني "أو".

ومن فروع هذا الأصل: بقر الميت عن المال الكثير إذا كان في جوفه كما إذا ابتلع في حياته جوهرة تساوي مالا كثيرا ثم مات، فإنه يبقر عنها وجوبا؛ لأن تحريم بقر الميت أخف من تحريم إضاعة المال، وهذا هو المشهور، وقال ابن حبيب لا يبقر عن المال ولو كثر.. قائلا إن إضاعة المال أخف من بقر الميت.

ومنها: عدم بقره عن جنين حي في جوفه؛ لأن تحريم إهلاك الجنين أخف من تحريم بقر الميت، وهذا القول هو المشهور، وبه قال ابن القاسم، وقيل إنه يبقر عن الجنين إن رجي.. بناء على أن حرمة بقر الميت أخف من حرمة إهلاك الجنين، وبه قال أصبغ وأشهب وسحنون، وجعله عبد الوهاب تفسيرا لقول ابن القاسم أي قيدا له، وأنه إنما قال بعدم البقر إذا لم تتيقن حياته.

ومنها: وجوب الصلاة على العراة قياما غاضين أبصارهم إمامهم وسطهم إذا كانوا بضوء؛ لأن تحريم النظر إلى العورة أخف من تحريم ترك لركن، وهذا القول هو مختار عبد الحق، واستظهره ابن عبد السلام، وقيل يصلون جلوسا يومئون إلى الركوع والسجود.. بناء على أن حرمة ترك الركن أخف من حرمة النظر إلى العورة.

ومنها: تحريم أكل ميتة الآدمي على المضطر؛ لأن حرمة الآدمي الميت أقوى من حرمة الحي.. فهلاك الحي أخف من أكل الميتة، وهذا القول هو المنصوص، وصحح ابن عبد السلام جواز أكل المضطر للميت قائلا إن حرمة الحي أشد من حرمة الميت.

وأما المكروهان المتعارضان فلم أظفر لهما بمثال.

فصل فيما يتوهم أنه يسقط الشيء وهو لا يسقطه

لا يَسقطُ الواجبُ إذْ ما نُسيا		وفقاً إذِ المدركُ فيه قَويا

يعني أن الواجب لا يسقط عن المأمور به بنسيانه له إذا نسيه اتفاقا إذا كان المدرك أي الدليل على وجوبه من كتاب أو سنة أو إجماع قويا بأن كان نصا صريحا أو ظاهرا.

وفي ضعيفِ المدركِ الخلفُ ورد		والقولُ بالسقوطِ هو المعتمدْ

يعني أنه ورد عن الفقهاء الخلاف في الواجب الضعيف المدرك أي الذي دليل وجوبه ضعيف.. هل يسقط عن المأمور به بالنسيان؟، أو لا؟، والقول بالسقوط بالنسيان هو المعتمد في مذهب مالك.

ومن فروع هذا الأصل سقوط وجوب قضاء الصلاة على من صلاها بنجاسة ناسيا، بل إنما تندب له الإعادة في الوقت؛ لأن المدرك في وجوب إزالة النجاسة ضعيف.

ومنها: سقوط وجوب الإعادة عمن نكس الحاضرتين ناسيا؛ بأن صلى العصر قبل الظهر، أو العشاء قبل المغرب ناسيا، أو قدّم يسير الفوائت على الحاضرة ناسيا.

ومنها: سقوط وجوب إعادة الوضوء أو الغسل على من ترك الموالاة، بل يبني ولو طال، وقيل إنه يعيد الوضوء، والمشهور الأول.

ومنها: سقوط وجوب التسمية في الذبيحة عن الناسي لها، بل تؤكل ذبيحته، وقيل لا تؤكل، والمشهور الأول.

ومنها: سقوط وجوب الكفارة عمن أفطر في نهار رمضان بجماع ناسيا، وقيل لا تسقط عنه، والمشهور الأول، وهو مذهب المدونة، والثاني رواية عن مالك، وبه قال ابن الملجشون.

وأما الفطر في الأكل أو الشرب ناسيا فإنها ساقطة عنه اتفاقا.

ومنها: سقوط وجوب القضاء على من قطع التطوع عمن صلاة وصيام واعتكاف وعمرة وطواف نسيانا، وأما عمدا فيجب عليه قضاؤه؛ لأن النفل يجب بالشروع في هذه المسائل، وأما غيرها من النفل فلا يجب الشروع كغسل الجمعة، وتجديد الوضوء، فيجوز لمن شرع فيه أن يتركه وإنما سقط الوجوب في هذه المسائل المتقدمة بالنسيان لضعف مدرك وجوبها.

الشكُّ في المانعِ لا تأثيرَ له وعكسُه الشرطُ بشكّه اعمله

يعني أن الأصل عند المالكيين أن الشك في المانع لا يؤثر في الحكم أي لا يمنعه ترتبه، وعكسه الشرط في أن الشك فيه يؤثر في الحكم المشروط أي يمنع ترتبه، وكذلك الشك في المسبب، فإنه يؤثر في الحكم المسبب عنه أي يمنع ترتبه عليه؛ لأن القاعدة الشرعية أن الشك يلغى ويستصحب الحال الذي كان قبله.

مثال الشك في المانع: الشك في الطلاق إذا شك الزوج هل طلق؟، أو لا؟، أو شك هل حلف وحنث؟، أو لا؟، أو شك في عدده هل طلق واحدة؟، أو اثنتين؟، أو ثلاثة؟.

أما إن شك هل طلق؟، أم لا؟، فإنه لا يؤمر بالطلاق، ولا يجبر عليه اتفاقا.

قال في التوضيح: -في قول ابن الحاجب: وإذا شك أطلق أم لا من غير أن يستند إلى أصل لم يؤمر.- فهم من قوله: "لم يؤمر". عدم الجبر من باب أولى، وحكى صاحب البيان وعياض الاتفاق عليه. ابن رشد وحكى التونسي في حنثه قولين.

وخرج اللخمي الحنث على القول بوجوب الوضوء في حق من تيقن الطهارة، وشك في الحدث.

وأما الشك في الحنث به فإن كان الشاك سالم الخاطر فالمشهور عند أبي عمران وجماعة من الشيوخ إعمال الشك، فيحنث ويجبر على الفراق، والمشهور عند الشيخ أبي محمد الأمر من غير جبر. اللخمي: وهو المعروف، وهو الذي في الجلاب، ونقله في الواضحة عن مطرف وابن الملجشون وابن القاسم.

وأما الشك في عدد الطلاق إذا شك هل طلق واحدة؟، أو ثلاثا؟، فالمشهور فيه لزوم الثلاث.. إعمالا للشك في المانع احتياطا، وهو خلاف القاعدة، والجاري على القاعدة عدم لزوم الثلاث، ولزوم واحدة فقط.

قال في البيان -في باب طلاق السنة-: والشك في الطلاق على خمسة أوجه: وجه لا يجبر فيه على الطلاق ولا يؤمر به اتفاقا، ووجه لا يجبر فيه ويؤمر به اتفاقا، ووجه لا يجبر فيه واختلف هل يؤمر به؟، أم لا؟، ووجه اختلف هل يجبر عليه؟، أم لا؟، ووجه يجبر عليه بالاتفاق.

فأما الذي لا يجبر فيه على الطلاق ولا يؤمر به اتفاقا فهو أن يحلف على رجل لا يفعل كذا.. ثم شك هل فعله؟، أم لا؟؛ لغير سبب قام عنده.

وأما الوجه الذي لا يجبر فيه على الطلاق ويؤمر به بالاتفاق.. فهو: أن يحلف أن لا يفعل فعلا ثم شك هل فعله؟، أم لا؟؛ لغير سبب قام عنده.

وأما الوجه الذي لا يجبر على الطلاق، واختلف هل يؤمر به؟، أم لا؟، فهو أن يشك هل طلق؟، أم لا؟، وهل حلف وحنث؟، أو لم يحلف؟، فقال ابن القاسم لا يؤمر بالطلاق، وقال أصبغ يؤمر به.

وأما الوجه الذي اختلف هل يجبر فيه على الطلاق؟، أم لا؟، فهو أن يشك في عدد الطلاق، ومن هذا الوجه إذا قال لزوجته أنت طالق إذا كانت فلانة حائضا، أو حلف لتصدقنه.. فقالت له صدقتك، أو قال لها إن كنت تبغضيني.. فقالت: لا أبغضك.

وأما الوجه الذي يجبر فيه على الطلاق بالاتفاق.. فهو أن يقول إن كان أمس كذا فأنت طالق.. لفعل يمكن أن يكون، ويمكن أن لا يكون.. وقد عمي خبره، وكذا إذا طلق إحدى نسائه ولم يعينها، أو عينها ونسيها.

ومن الشك في المانع: الشك في العتق إن شك السيد هل أعتق عبده؟، أم لا؟، أو حلف بعتق عبده وشك هل حنث؟، أم لا؟، قل ابن المواز في مختصره: وإن قل لعبده أنت حر إن دخلت الدار، أو إن كنت دخلتها، فقل العبد قد دخلتها، أمر بالعتق فيما بينه وبين الله ولم يجبر، وكذا إن قل له أنت حر إن كنت تبغضني.. فقل العبد أنا أحبك، أو قل: إن كان فلان يبغضني، فقل فلان: أنا أحبك، فإنه ينبغي أن يعتقه؛ إذ لا يدري أصدق أم لا، ولا يقضى عليه.

قال في المجموعة: وكذا إن قال العبد أنا أبغضك، والأول أشد في الحنث كأنه كره أن يخرج من يده.

ومن الشك في المانع: الشك في الحدث بعد تحقق الطهارة إلا أن المشهور فيه عند مالك أنه مؤثر في الطهارة خرما للقاعدة، فينقض الطهارة عند مالك، والجاري على القاعدة أن لا ينقض الطهارة.. إلغاء للشك، واستصحابا للحال الذي كان قبله وهو الطهارة، وإنما أوجب مالك الطهارة من الشك في الحدث ليسارة الوضوء.

قال الحطاب: وهذا إذا شك قبل الصلاة، وأما إذا صلى ثم شك هل أحدث؟، أم لا؟، ففيه قولان ذكرهما الباجي في المنتقى.

وقال سند: الشك في الحدث له صورتان إحداهما أن يتخيل له فلا يدري ما حقيقته.. أهو حدث؟، أم لا؟، والأخرى أن يشك هل بال؟ أو تغوط؟ وشبهه، أما من شك هل أحدث بعد وضوئه؟، فالمذهب أنه يتوضأ.. وهل ذلك واجب؟، أم لا؟، ظاهر الكتاب أنه واجب، وقال ابن القصار: وروى ابن وهب عن مالك أحب إلي أن يتوضأ، وأما الصورة الثانية وهي أن يتخيل له الشيء ولا يدري هل هو حدث؟، أم غيره؟، فظاهر المذهب أنه لا شيء عليه، وقد نص على ذلك ابن حبيب، وقال مالك في المجموعة: في من وجد بللا وشك فلم يدر من الماء هو؟، أو من البول؟، أرجو أن لا يكون عليه شيء، وما سمعت من أعاد من مثل هذا، وإذا فعل هذا تمادى به.. يريد أنه تأخذه الوسوسة.

قال اللخمي: وقد قيل لا فرق بين الصورتين؛ لأن كل ذلك شك.

ومثال الشك في الشرط: الشك في الطهارة بعد تحقق الحدث، فإنه مؤثر اتفاقا، فلا يترتب المشروع الذي هو صحة الصلاة عليها؛ لوجوب إلغاء الشك، واستصحاب الحال الذي كان قبله وهو الحدث.

ومثال الشك في السبب: الشك في دخول الوقت فإنه مؤثر في عدم ترتب المسبب الذي هو وجوب الصلاة وصحتها اتفاقا.

تنبيه: الضابط في الشك أن المشكوك فيه يلغى ويستصحب الحال الذي كان قبله إجماعا، وذلك أن الأصل في الشرع أن لا يعتبر فيه إلا العلم لعدم الخطإ فيه قطعا، ولكن تعذر العلم في أكثر الصور.. فجوز الشرع اتباع الظن لندرة خطئه وغلبة إصابته، وبقي الشك غير معتبر على مقتضى الأصل، فيجب اعتبار الحال السابق عليه، فإن شككنا في السبب لم نرتب المسبب، أو في الشرط لم نرتب المشروط، أو في المانع لم ينتف الحكم، فهذه قاعدة مجمع عليها لا تنقض، وإنما اختلف العلماء في وجه استعمالها، فمنهم من يستعملها بالنظر إلى مبدأ الشك فقط من غير نظر إلى منتهاه مطلقا، ومنهم من يستعملها تارة بالنظر إلى مبدأ الشك فقط، وتارة بالنظر إلى مبدئه ومنتهاه معا؛ لأجل علة اقتضت ذلك.

إناطـــــةُ الخـــــراجِ بالـــــضمانِ أصـــلٌ صـــحيحٌ عنـــد أهـــل الـــشانِ

يعني أن إناطة الخراج أي الغلة بالضمان أي تعليقه به، أي فلا يكون خراج الشيء أي غلته إلا لمن عليه ضمانه.. أصل صحيح عند أهل الشأن أي أهل الأصول لا ينخرم إلا في الغاصب، فإن عليه ضمان المغصوب، وليس له غلته الناشئة عن استعمال، وكون الخراج بالضمان ثابت.

فـــي مـــستحقٍّ شُـــفعةٍ رُدّ بعيْـــبْ أو بفـــسادٍ فلَـــسٍ بـــدونِ رَيْـــبْ

أي ثابت في الاستحقاق، أي إذا استحق من شخص شيء فالغلة للمستحق منه، وفي الشفعة إذا أخذ بها المبيع فغلته للمشفوع منه، وفي الرد بالعيب إذا رد به المبيع فغلته لمشتريه الراد له إلى حين الرد وفي الرد بفساد البيع إذا رد به المبيع فعلته لمشتريه إلى حين الرد، وفي الرد بالفلس إذا أخذ المبيعَ بعينه ربُّه فغلته للمفلس، وإذا كانت غلة المبيع في هذه المسائل الخمس ثمرة.. فإنها لا تكون للمستحق منه، والمشفوع منه إلا باليبس، وأما قبل ذلك، فإنها ترد مع الأصل، ولا تكون للمشتري في الرد بالعيب، أو فساد البيع إلا بالزهو، وقبل ذلك يردها مع أصلها، ولا تكون للمفلس في التفليس إلا بالجذ، وقبل ذلك يردها مع أصلها.

قال في التوضيح: -في قول ابن الحاجب في العيوب: ويرد النتاج دون الاستعمال.- فائدة: والمشتري لا يرد الغلة في خمسة مواضع: في الرد بالعيب، والبيع الفاسد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس، وهذا إذا فارقت الثمرة، أما إن لم تفارق، فالمشهور أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهت ولم تجذ ولا يبست في الرد بالعيب والبيع الفاسد، وأما الشفعة والاستحقاق فترد -وإن أزهت- ما لم تيبس، فإذا يبست لم يجب ردها، وفي التفليس ترد ولو يبست ما لم يجذها.

والأصـــلُ أنّ الـــربْحَ للمـــالِ تَبـــعْ إلا بغـــصبٍ فلَـــسٍ ومَـــن وَدعْ

يعني أن الأصل عند المالكية في الربح أنه تابع للمال الأصلي، فيكون ملكا لمالك المال الأصلي إلا في ثلاثة مواضع: في الغصب إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب، فالربح له،

والمال الأصلي للمغصوب منه، والوديعة إذا اتجر فيهما المودع تعديا فإن الربح له دون رب الوديعة، وفي الفلس إذا اتجر المفلس في ماله بعد إيقافه فالربح له والمال الأصلي للغرماء.. بناء على أن المال بعد الإيقاف إذا تلف ضمانه من الغرماء، وأما على القول بأن ضمانه من المفلس، فالمسألة باقية على أصل القاعدة من تبعية الربح للمال، وقيل المراد بمسألة التفليس ما إذا حُبس الغريم لبعض أرباب الديون.. ففلس وقسم ماله، فأخذ بعضهم منابه، وأبقى بعضهم منابه بيد المفلس فاتجر فيه فربح، فإن الربح لا يكون تابعا للمال في هذه الحال، بل يكون للمفلس فيدخل في الربح الغرماء الذين أخذوا منابهم فاتجر فيه بأصل المال، وحمل مسألة التفليس على هذا التفسير أقرب، أو متعين.

أما مسألة الغصب فقال ابن ناجي عند قول الرسالة: ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتى يرد رأس المال على ربه.

قال اللخمي: اختلف في ربح الغاصب على ثلاثة أقوال: فقيل له سواء كان موسرا أم معسرا. قاله مالك وابن القاسم. وقيل له إن كان موسرا. قاله ابن حبيب. وقيل للمغصوب منه بقدر ما يربح في ذلك لو بقي بيده، وما زاد عليه للغاصب. ذكره ابن سحنون.

وأما مسألة الوديعة: ففي الموطإ قال مالك: إذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه، فإن ذلك الربح له؛ لأنه ضامن للمال حتى يؤديه لصاحبه.

أبو عمر: وهذا قول مالك والليث وأبي يوسف.

وأما مسألة الفلس: فان حملناها على التفسير الأول، فإنما ذلك بناء على القول بأن المال إذا تلف بعد الإيقاف فضمانه من الغرماء، وأما على القول بأن ضمانه من المفلس.. فالمسألة باقية على أصل القاعدة من تبعية الربح لأصل المال.

قال ابن الحاجب: وإذا تلف مال المفلس فثالثها إن كان عرضا.. فمنه، وإن كان عينا فمنهم، ورابعها إن كان مفلسا فمنه، وإن كان ميتا فمنهم.

قال في التوضيح: ذكر المصنف أربعة أقوال: الأول أن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرماء.. عينا كان أو عرضا، رواه أشهب عن مالك، وبه قال ابن عبد الحكم، واختاره اللخمي وابن عبد السلام؛ لأن ذلك المال ماله فيبقى ضمانه منه حتى يتحقق الناقل.

الثاني: أن ضمان ذلك من الغرماء.. من حضر منهم ومن غاب، ومن علم ومن لم يعلم.. كان دينه عينا أو غيره. رواه ابن الماجشون عن مالك وبه قال هو وابن المواز.

ثالثها: إن كان مال المفلس عرضا.. فضمانه منه، وقيده بما إذا كان العرض مخالفا لدينهم بأن تكون ديونهم عينا أو عرضا مخالفا، وأما إذا كان مماثلا فمصيبته منهم؛ لأنهم يتحاصون فيه ولا يحتاجون إلى بيعه.. وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه.. ثم قال:

وتصور القول الرابع من كلام المصنف ظاهر، وهو الأصبغ.

وزاد المازري والمتيطي قولا خامسا، وهو أن مصيبة الدنانير ممن له الدنانير، ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم، وعزي للمغيرة.

ابن عبد السلام: وقول ابن القاسم علي نقله في المقدمات قريب منه؛ لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم فتحصيل مذهبه أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم؛ لأنه يباع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء، ومنشأ الخلاف هل الحاكم كوكيل عنه؛ لأن الأصل استصحاب ملكه؛ ولأنه لو حصل ربح لكان له؟، أو هو كوكيل عنهم؟، وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم، ولو تولى ذلك الغرماء والورثة لكان ذلك من المديان. والله أعلم.

وان حملنا مسألة الفلس على التفسير الثاني الذي قال المنجور فيه إنه أقرب، أو متعين.. فقد نقل فيها المنجور بنفسه ما نصه: قال بعض أصحابنا في جمع النظائر: الأرباح تابعة للأصول إلا في ثلاث مسائل في المدونة، فمن ذلك قوله في كتاب التفليس: وإذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه وقال الباقون دعه يسعى.. حبس لمن أراد حبسه إن تبين له لدده.. ثم أن شاء الآخرون محاصة الغريم في ماله فذلك لهم.. ثم لهم قبض ما بيده وإبقاؤه،

فإن أخروه في يده لم يكن للقائم أن يأخذ منه شيئا في بقية دينه إلا أن يخرج منه ربحا، أو يفيد فائدة من غيره، فيضرب في الربح أو الفائدة القائم بما بقي له، وهؤلاء بما بقي لهم بعد الذي أبقوه بيده؛ لأنهم فيما ردوا إليه كمن عامله بعد التفليس، فيكون من عامله آخرا أولى بما في يده بقدر ما داينوه به، ثم يتحاصون مع القائم في الربح أو الفائدة كما وصفنا.

والأصلُ في العرضِ إذا استُحقَّ أنْ يُرجعَ في عوضِهِ إذا يَعنْ
أو قيمة له إذا فاتَ عَدا كتابةٍ خُلعٍ نكاحٍ وردا
والصلحِ عن عمدٍ وعن إنكارِ قطاعة عُمرى قِراضٍ جارِ
كذا مساقاةٍ قضيةِ الفرسْ فهذه العشْرُ تُخصُّ لا تقس

يعني أن الأصل عند مالك في العرض المبيع بعرض إذا استحق من يد مشتريه أن يرجع في عوضه أي العرض الذي خرج من يده إذا يعن أي إذا كان باقيا بعينه أو قيمته إذا فات؛ إلا في عشر مسائل يرجع المستحق منه بقيمة ما استحق منه، أشار إليها بقوله:

عدا كتابة أي إلا في كتابة العبد إذا اشتراها هو أو غيره من سيله بعبد معين.. ثم استحق العبد من يد المشتري، فإنه يرجع بقيمة العبد المستحق منه.

وخلع أي إلا في الخلع إذا استحق المال المخالع به من يد الزوج، فإنه يرجع على الزوجة بقيمة ما استحق منه، لا في خلع المثل خلافا لابن عبد الحكم.

ونكاح أي وإلا في نكاح إذا استحق الصداق المعين في العقد من يد الزوجة، فإنها ترجع على الزوج بقيمة ما استحق منها، لا بصداق المثل. قوله: "وردا" تتميم للبيت.

والصلح عن عمد وعن إنكار أي وإلا في الصلح عن دم العمد.. سواء كان عن إقرار أو إنكار.

والصلح الواقع عن إنكار في غير الدم، فإذا استحق المصالح به في المسألتين؛ بأن كان عبد مثلا فإن المستحق منه يرجع في قيمة ما استحق منه، لا إلى القصاص في المسألة الأولى، ولا إلى الخصومة في المسألة الثانية.

وقطاعة أي وإلا في قطاعة عبد إذا اشترى نفسه من سيله مثلا بعبد معين.. ثم استحق العبد من يد السيد، فإنه يرجع على العبد بقيمة العبد المستحق منه.

وعمرى أي وإلا في العمرى إذا صالح المعمر -بالكسر- المعمر -بالفتح- بعبد مثلا في نظير العمرى، فاستحق العبد من المعمر -بالفتح- فإنه يرجع بقيمته.

وقراض جاري أي وإلا في القراض إذا دفعه عامله إلى من يعمل فيه بأكثر مما أخذه به، كما إذا أخذه على نصف الربح مثلا، ودفعه لآخر بالثلثين، فإن رب المال أحق بما شرطه، وهو النصف على قول مالك وابن القاسم، وهو مذهب المدونة، ويرجع العامل الثاني ببقية شرطه، وهو السدس على العامل الأول.

كذا مساقاة أي وكالمسائل المتقدمة مسألة المساقاة في كونها مستثناة من الأصل المذكور، وصورتها أن يساقي العامل عاملا آخر على الحائط بأكثر مما أخذه به من ربه، كما إذا أخذه من ربه بالنصف، ثم دفعه لآخر يعمل فيه بالثلثين، فإن رب الحائط أحق بما شرطه وهو النصف، ويرجع العامل الثاني على العامل الأول بقيمة شرطه، وهو سدس الثمرة.

وكذا قضية الفرس أي مسألة الفرس التي في آخر كتاب الاستحقاق من المدونة، فإنها من المسائل المستثناة من الأصل المذكور، وصورتها أن يسلم ثوبين في فرس موصوف فيستحق الأدنى من الثوبين، فإنه يرجع المستحق منه عليه بقيمة الثوب المستحق ويثبت السلم.

فهذه العشر تخص لا تقس أي فهذه المسائل العشر تخص من الأصل المذكور، أي تستثنى منه لا تقاس عليه أي لا تدخل تحته، ولا تكون من جزئياته على القول المشهور.

قال في التوضيح: -في قول ابن الحاجب: ولو خالعها على عبد فاستحق أنه يرجع بقيمته.- ما نصه: ورجع بقيمته على المشهور، ولم يرجع بخلع المثل؛ لأنه لم يدخل عليه، وحكى ابن عبد السلام عن ابن عبد الحكم أنه يرجع بخلع المثل، أبو الحسن وهي سبع مسائل يرجع فيها بقيمة العوض هذه، ومن نكح بعبد بعينه فاستحق، أو صالح عن دم عمد

على عبد، أو باع السيد عبده من نفسه بعبد معين، أو باع السيد كتابة عبد له بعبد معين، أو كان عوض عمرى، أو صلحا على الإنكار.

وأما مسألة القراض والمساقاة والفرس فإنما زادها على السبع المستثنيات أبو الحسن الصغير في تقييده على المدونة.. فقال: أما مسألة القراض والمساقاة فهما إذا أخذ العامل المال والمساقى الحائط على جزء، ودفعاه لمن يعمل فيه بأكثر، كما إذا أخذ على النصف ودفعها على الثلثين، فإن رب المال أحق بما شرط وهو النصف على قول مالك وابن القاسم، وهو مذهب المدونة، ويرجع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل الأول، وكذا رب الحائط أحق بنصف الثمرة ويرجع المساقي الثاني على الأول بسدس الثمرة وسواء كان الربح عينا أو عرضا، وكان الأصل أن يرجع كل منهما بربع قيمة عمله للقاعدة المتقدمة، فيلحق هذا بالمستثنيات منها، وهذا هو المشهور.

وأما على قول أشهب أن العامل الثاني أحق بما شرط، وأن رب المال هو الراجع على العامل الأول بما فوت عليه من الربح بشرطه للعامل الثاني أكثر مما شرطه لنفسه.. فليس من هذا الباب.

الواداني: وكذا على القول بأنه يرجع بقيمة عمله فهو على الأصل.

ابن يونس: ولمالك في الموازية إذا أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غيره وربه عالم بذلك.. فربه أولى بنصف الثمرة، ويرجع الثاني على الأول بفضل ما بقي له.

وكذلك في العتبية عن مالك: ولا بأس أن يدفعه مساقاة لرب الحائط بأقل مما أخذ إذا لم تظهر الثمرة، ولا يجوز بمكيلة مسماة، ولا بثمر نخل معروفة، ولاشيء غير الثمرة، ولا بأكثر مما أخذ، ويصير العامل محتاجا إلى أن يزيد من ثمر حائط آخر.

ابن يونس: وأجاز دفعه إلى غير رب الحائط بأكثر مما أخذه، فإذا جاز ذلك مع غير ربه، فكذلك يجوز مع ربه لا فرق بينهما، إما أن يجوز فيهما، أو يمنع فيهما، وهذا أبين، ويحتمل أن يفرق بأن رب الحائط عالم بأنه يعطيه الزيادة من حائط آخر، والأجنبي غير عالم.

قال ابن رشد: هذا أي كون رب الحائط أحق بما شرطه.. وهو النصف في المثال، ويرجع العامل الثاني على الأول ببقية شرطه، وهو السدس.. بناء عندي على أن السكوت ليس كالإذن إذا كان رب الحائط عالما بدفع العامل له لعامل آخر بأكثر مما أخذه به، وهو أحد قولي ابن القاسم، وأما على القول بأن السكوت كالإذن فيجب أن يكون العامل الثاني أحق بجميع ما شرطه على العامل الأول، وهو الثلثان في المثال، ويرجع رب الحائط على العامل الأول بمثل سدس الثمرة، ويلزم على هذا إذا علم العامل الثاني أن الأول عومل على النصف أن تكون المساقاة فاسدة؛ لأنه دخل على أن يكون له نصف الثمرة، وقيمة ربع عمله، وذلك لا يحل، وقد رأيته لبعض أهل النظر، انتهى على نقل المنجور مع التصرف فيه بالتفسير.

وأما مسألة الفرس.. ففي آخر كتاب الاستحقاق من المدونة ما نصه: من أسلم ثوبين في فرس موصوف فاستحق الأدنى من الثوبين كان عليه قيمة ما استحق منه، وثبت السلم. وكان الأصل أن يكون عليه حصة ما استحق من قيمة الفرس على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة، وأما إذا استحق الأعلى من الثوبين فإن السلم يفسخ؛ لأنه وجه الصفقة.

والأصلُ ترجيحٌ لمثبِتٍ على ... ذي النفيِ إن في منكرٍ تَقابلا

يعني أن الأصل عند المالكين ترجيح المثبت على النافي إذا تقابلا في أمر منكر أي مجحود، فيقدم المثبت على النافي.

ومن فروع هذا الأصل: تقديم بينة الجرح على التعديل إذا تعارضا في شخص بأن زكاه شاهدان، وجرحه شاهدان، وقيل يقضى بأعدل البينتين، قال عمر بن عبد العزيز: معاذ الله أن يكون التجريح أولى من التعديل.

ومنها: تقديم شهادة القتل على شهادة نفيه فيما إذا شهد اثنان بأنهما عاينا فلانا قتل فلانا يوم كذا، وشهد آخران بأنه كان معهما ذلك اليوم بتمامه.. وأنه لم يقتله، وقال إسماعيل القاضي: شهادة القتل ساقطة.

ومنها: تقديم البينة المثبتة لبلوغ اليتيمة على البينة النافية له فيما إذا شهدت بينة بأنها تزوجت قبل البلوغ، وشهدت أخرى بأنها تزوجت بعده.

ومنها: تقديم البينة المثبتة لعقل الموصي على البينة النافية له فيما إذا شهدت بينة بأن الميت أوصى وهو صحيح العقل، وشهدت بينة أخرى بأنه مختل العقل.

ومنها تقديم الميزان المثبت للزكاة في المال على الميزان النافي لها فيه.

ومنها: تقديم البينة المثبتة للإقرار على البينة النافية له فيما إذا شهدت بينة بأن فلانا أقر لفلان بكذا، وشهدت أخرى بأنه لم يقر له بشيء.

ومنها: تقديم البينة المثبتة لرائحة الخمر في فم شخص على البينة النافية لها، فيثبت الحد، واختار ابن عبد السلام سقوطه.

ومنها: تقديم البينة المثبتة للنكاح في الصحة على البينة الشاهدة بأنه في المرض المخوف، وقيل بينة المرض أولى.

ومنها: تقديم بينة الملاء على بينة العدم إذا شهدت بينة بأن فلانا ملي، وشهدت أخرى بأنه لا مال له.

وقولهُمْ شهادةُ النفيِ عَدمْ ليس على إطلاقِه فيما يَعمْ
بلْ ذاك إنْ لم يَحصلِ العلمُ ولا ظنٌّ بما نُفي وإلا فاقبَلا

يعني أن قول الفقهاء الشائع على ألسنتهم: شهادة النفي عدم أي لا تقبل، ليس باقيا على إطلاقه فيما يعم أي يتناوله ظاهر لفظه، بل ذاك قولهم المذكور مقيد بما إن لم يحصل العلم ولا ظن قوي بما نفي أي بنفي الشيء المشهود بنفيه؛ وإلا ينتفي حصول العلم أو الظن القوي بالمنفي؛ بأن حصل العلم الضروري به كالشهادة بأن هذه البقعة التي بين يدي الشاهد ليس فيها فرس، أو حصل ظن قوي به كالشهادة بأن لا وارث لفلان الميت في علمه سوى فلان، فاقبلا أي فإنها تقبل حينئذ اتفاقا.

قال القرافي: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة، وفيه تفصيل، فإن النفي قد يكون معلوما بالضرورة، أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام:

فأما القسم الأول: فتجوز الشهادة به اتفاقا كما يشهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس ونحوه، فإنه يقطع بذلك.

والثاني: تجوز الشهادة به في صور منها التفليس وحصر الوارث.

القسم الثالث: نحو إن زيدا ما وفى الدين الذي كان عليه، أو ما باع سلعته.. فإنه غير منضبط، وإنما تجوز الشهادة في النفي المنضبط قطعا أو ظنا؛ ولذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمدا أمس؛ لأنه كان عنده، أو لم يسافر من البلد.. فهذه كلها شهادة صحيحة بالنفي، وإنما يمتنع غير المنضبط.

قال السجلماسي في شرح المنهج: ظاهر كلام القرافي في القسم الثاني جواز الشهادة على البت في حصر الوارث وما ذكر معه، وهو كذلك على ما ذهب إليه ابن الملجشون، ومنع من ذلك مالك وبقوله القضاء.

قال المقري: قاعدة تقبل الشهادة على النفي المحصور والمعلوم إجماعا دون غيرهما، فلا يصح إطلاق أنها لا تقبل.

فصل في ذكر الذين يضمنون، والذين لا يضمنون، ومن يقبل قوله في الرد، ومن لا يقبل:

يَضمنُ ذو الإرثِ إذا طرأ دين أو وارثٌ لما يُغاب دون مَيْن

يعني أن الوارث إذا قبض مال موروثه الذي يغاب عليه.. ثم طرأ عليه دين أي ثبت بالبينة على الموروث، أو طرأ عليه وارث مثله.. ثم ادعى تلف ما أخذه فإنه يضمنه ولا يصدق في دعواه فيما يغاب عليه ما لم تقم له بينة على تلفه، وأما ما لا يغاب عليه فإنه يصدق في دعوى تلفه بيمين ما لم يظهر كذبه.

ويَضمنُ الصانعُ مصنوعاً يُغابْ عليه إن نَصبَ دون ما ارتيابْ

يعني أن الصانع يضمن المصنوع الذي يغاب عليه إن نصب نفسه للصناعة إذا ادعى تلف المصنوع ولم تقم له على تلفه بينة، قوله: دونما ارتياب.. أي بدون ريب.

وحاملُ الطعامِ بالأجرِ ومَن حَبسَ سلعةً لقبضِه الثمنْ

أي ويضمن حامل الطعام بالأجر إذا ادعى تلفه ولم تقم على تلفه بينة، ولم يصحبه مالكه، ويضمن أيضا بائع السلعة لها إذا حبسها حتى يقبض ثمنها وادعى تلفها في مدة حبسها ولم تقم له على تلفها بينة، وكانت السلعة مما يغاب عليه، وكذا حبسها للإشهاد عليها.

كذاك ذو الخيارِ في المبيعِ إنْ غِيبَ عليه دون ما خلفٍ يَعنْ

يعني أن صاحب الخيار أي من له الخيار من المتبايعين في المبيع يضمنه إذا كان مما يغاب عليه وادعى تلفه أيام الخيار؛ إلا أن تقوم له بينة على تلفه.

وتضمنُ الزوجةُ والمرتهنُ والمستعيرُ وكذا من يَحضنُ

يعني أن الزوجة تضمن المهر المغيب عليه إذا كان بيدها وادعت تلفه بلا بينة، والمرتهن يضمن الرهن المغيب عليه إذا ادعى تلفه بلا بينة، والمستعير يضمن العارية المغيب عليها إذا ادعى تلفها بلا بينة، والحاضن يضمن نفقة المحضون إذا قبضها وادعى تلفها بلا بينة،

وأما لو قامت بينة على تلف الشيء المغيب عليه في هذه المسائل كلها فلا ضمان على المشهور، وهو مذهب ابن القاسم.. بناء على أن الضمان في هذه المسائل كان للتهمة وقد زالت بقيام البينة على التلف من غير تفريط، خلافا للقائل بثبوت الضمان في هذه المسائل ولو مع قيام البينة.. بناء على أن الضمان فيها أصلي لا للتهمة.

وأما ما لا يغاب عليه فلا يضمنه واحد من هؤلاء بل يصدق في دعوى تلفه بيمين ما لم يظهر كذبه كدعواه موت الدابة ببلد ولم يعلم بذلك أحد من أهله وأشار إلى تعديد الذين لا يضمنون بقوله:

لا يَضمنُ الحارسُ محروساً ولو حارسَ حمَّامٍ على ما قد رووا

يعني أن الحارس لا يضمن المحروس ولو كان حارس حمام على القول الصحيح المروي عن الفقهاء، وقيل يضمن؛ لأنه نصب نفسه لذلك كالصانع.

كذاك عاملُ القراضِ والأمينْ والأبُ والوصي بلا خُلفٍ يَبِينْ

يعني أن عامل القراض لا ضمان عليه في مال القراض إذا ادعى التلف والخسارة، بل هو مصدق في ذلك، وكذا لا ضمان على الأمين من مودع، ومقدم قاض، ووكيل.. وسواء كان بأجرة أم لا، مفوضا أم لا إذا ادعى تلف السلعة التي وكل على بيعها.. أو ثمنها، وكذا في الوكالة على الشراء والاقتضاء وغير ذلك، وكذا المبضع معه مال ليوصله إلى غيره، وكذا لا ضمان على الأب في مال ابنه والوصي في مال محجوره إذا ادعى تلفه وكان مما يغاب عليه، فإن كل واحد من هؤلاء مصدق في دعوى التلف فيما يغاب عليه.

وهكذا السمسارُ إنْ خيرٌ ظَهرْ فيه معَ الراعي على الذي اشتَهرْ

يعني أنه لا ضمان على السمسار الذي ظهر خيره إذا ادعى تلف السلعة المسمسرة، ولا ضمان على الراعي إذا ادعى تلف الغنم أو غيرها على القول المشهور، وهو قول ابن رشد في السمسار.

قال ابن عرفة: وأما السمسار ففي ضمانه ما دفع إليه يبيعه وما طلبه لمشتر أمره بشرائه.. ثالثها ما لم يكن مأمونا، ورابعها لا يضمن ما دفع له دون ما طلبه، وبالثالث أفتى ابن رشد في أجوبته، وإياه اعتمد خليل، والتضمين لبعض قضاة الأسكندرية؛ لأنه من المصالح العامة.

والمشهور في الراعي أنه لا ضمان عليه فيما ادعى تلفه من الغنم وغيرها إن لم يتعد ولم يفرط.

قال السجلماسي: والذي جرى به العمل في القطر المغربي تضمين الراعي المشترك، وهو مذهب ابن المسيب.

قلت: والراعي المشترك كراعي ولاتة.

وخاتنٌ وحاجمٌ معلِّمُ كذاك بَيطارٌ طبيبٌ عالمُ

يعني أنه لا ضمان على الخاتن والحاجم والمعلم والبيطار والطبيب العالم بالطب.

قال ابن أبي زيد: قال ابن القاسم: لا ضمان على حجام وبيطار وخاتن وطبيب إن مات أحد.. مما صنعوا.. إن لم يخالفوا، ومعلم الكتاب والصناعة والأدب ولو آل إلى الموت إن لم يتجاوز؛ وإلا فيضمن كالمتعدي والجاهل.

وقال ابن الحاجب: ومن فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مال.. فلا ضمان عليه، فإن كان جاهلا أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في تجاوز أو تقصير.. فالضمان كالخطأ وإذن العبد له أن يحجمه أو يختنه غير مفيد.

والنُّوتي والخادمُ والمعلِّمُ والمكتري معَ الشريك يُنظمُ

يعني أنه لا ضمان على النوتي إذا غرقت سفينته بفعل سائغ، ولا ضمان على الخادم.. قيل هو من استوؤجر على نقل زجاج، أو حمل غير الطعام، أو حراسة متاع، أو خدمة على أشجار، أو تنقيتها، وهذا التفسير هو الأظهر، وقيل هو الأجير الخاص للرجل والجماعة دون غيرهم والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه فلا ضمان على هؤلاء؛ لأن الضمان إنما كان للمصلحة العامة، وقيله بعضهم بما إذا عمله بغير أجر وإلا فيضمن.

ابن يونس: وحكى هذا القائل إنه منسوب للمتقدمين.

ولا ضمان على المعلم بالفتح أي لمعلمه، قال المنجور: الأجراء والصناع تحت يد الصانع أمناء له، فإذا تلف بأيديهم شيء بغير تعد.. فلا ضمان عليهم؛ لأنهم صناع له خاصة، وأما لو غابوا على السلع فإنهم يضمنون، فقد نص عليه أشهب في الموازية والعتبية.. قال: لو كثرت الثياب على الغسال فأجر آخر يبعثه بها إلى البحر فادعى تلفها فانه ضامن.

ابن يونس: وذلك إذا عامله على الأثواب مقاطعة أي كل ثوب بكذا، وأما إن كان أجره يوما أو شهرا.. يدفع إليه شيئا يعمله في داره، وغاب عليه فلا ضمان عليه.

و لا ضمان على المكتري لما يغاب عليه إذا ادعى تلفه على الأصح، ومقابله في كتاب ابن سحنون، وقال أشهب في الجفنة يدعي ضياعها: أنه ضامن، وأنكر ابن المواز أن تكون الرواية هكذا، وقال: إنما الرواية في دعواه الكسر؛ لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين، وأما الضياع فيصدق فيه، ولذا قال مالك في رواية أخرى: وأين فلقتاها؟.

ابن المواز إلا أن يقول سرقت مني الفلقتان أو تلفتا.

وحكى صاحب البيان الاتفاق على نفي الضمان، قال: فلا أعلم فيه خلافا، إنما لابن القاسم في الدمياطية في مكتري الدابة يشترط عليه الضمان.. قال: لا ضمان عليه، والمناخل وآلات الحديد يضمنها، قال: وهو شذوذ، ولا ضمان على الشريك فيما هلك بيده من مال الشركة أو خسر وهو مصدق في ذلك مفاوضا أو غيره.

فروع:

الأول: قال المنجور في مسألة الخاتن والحاجم والبيطار والطبيب ما نصه: وما ذكره من نفي الضمان مقيد بما إذا لم يكن السلطان قد تقدم إلى الأطباء والحجامين أن لا يقدموا على شيء مما فيه غرر إلا بإذنه، ففعلوا ذلك بغير إذنه، فعليهم الضمان فيما أتلفوا في أموالهم، رواه أشهب وابن رشد قال ابن دحون: هو على العاقلة إلا فيما دون الثلث.

الثاني: قال ابن سلمون في ترجمة الوكالة ما نصه: وكذلك من أبضع معه رجل شيئا ليوصله إلى عياله.. فزعم أنه دفعه إليهم، وأنكر المبعوث إليه فهو ضامن حتى يقيم البينة على الدفع، وهذا سبيل من بعث معه شيء إلى قريب أو بعيد.

وقال أصبغ عن ابن القاسم: القول قول المأمور في ذلك مع يمينه، وبه العمل على نقل السلجماسي في شرح المنهج.

الثالث: قال المقري: قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة: الاتلاف، التسبب، ووضع اليد غير المؤتمنة كالبيع الفاسد يضمنه المبتاع بالقبض، بخلاف المبيع بالخيار إذا أصيب بسماوي، وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها، وإنما يختلف عند اجتماع شائبة الأمانة معها.. فيختلف أيهما يغلب.

وقال أيضا قاعدة: القابض بإذن من له الإذن شرعا لحق نفسه ضامن؛ إلا في العارية لما لا يغاب عليه، وما عرف هلاكه على مشهور مذهب مالك، ولحق غيره أمين ولحق نفسه وغيره إن قويت شائبة الأمانة كاللقطة والإجارة والقراض فأمين إلا حامل الطعام عند المالكية للتهمة، وإن قويت الشائبة الأخرى فضامن كالرهن فإنه عند المالكية كالعارية، وإلا فقولان.

الرابع: قال القرافي في الفرق السابع عشر والمائتين: أسباب الضمان ثلاثة فمتى وجد منها واحد وجب الضمان، ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب.

أحدها: التفويت مباشرة كإحراق الثوب، وقتل الحيوان، وأكل الطعام، ونحو ذلك.

وثانيها: التسبب في الإتلاف كحفر الآبار في موضع لم يؤذن فيه، ووضع السموم في الأطعمة، وإيقاد النار بقرب الزرع والدور.. ونحو ذلك مما شأنه أن يفضي غالبا إلى الإتلاف.

وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب، ويد بائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض، فإن ضمان البائع الذي هو شأنه منه؛ لأن يده غير يد أمانة، ويد المتعدي بالدابة في الإجارة ونحوها، ويخرج بهذا القيد المودع، وعامل القراض، ويد المساقي، ونحوهم، فإنهم أمناء فلا يضمنون.

يَضمنُ مَن خالفَ مالكاً أمرْ ومَن تَعدَّى والذي بالفعلِ غَرْ

يعني أن من خالف المالك فيما أمر به، أو فيما نهى عنه.. في ماله؛ بأن فعل في ماله خلاف ما أمره به، أو اقتحم ما نهاه عنه، فإنه يضمن إذا نشأ عن مخالفته تلفه، وذلك كعامل القراض يأمره رب المال أن يتجر فيه في نوع من السلع، فاتجر في غيره، فانه ضامن لما تلف، وكاشتراط رب الغنم على الراعي أن يراعاها في موضع فيرعاها في غيره، فانه ضامن لما تلف منها فيه، نص عليه في المدونة، وكما إذا قال رب الوديعة للمودع اجعلها في سطلة فخار، فجعلها في سطلة نحاس، فإنه ضامن، نص عليه ابن عبد الحكم، وكما إذا نهى رب المال عاملَ القراض عن فعل كأن يقول له: لا تنْزل بطن واد، ولا تسر بليل، أو لا تركب بهذا المال البحر، أو لا تبتع به سلعة كذا، فإن فعل شيئا من ذلك ضمن المال، قاله في المدونة عن الفقهاء السبعة، وكما إذا قال المودع للمودع: لا تقفل الصندوق على الوديعة فقفله فإنه يضمن، نص عليه ابن عبد الحكم؛ لأن السارق لرؤية القفل أطمع.

قال في التوضيح: ومال اللخمي إلى عدم الضمان؛ لأن السارق يطمع في الصندوق.. كان عليه قفل أم لا، فلم يكن لزيادة الطمع وجه.

ويضمن أيضا من تعدى على شيء فهلك بسبب تعديه؛ وذلك كما إذا أنزا الراعي على الغنم بغير إذن ربها فماتت من الإنزاء، أو من الولادة، فإنه ضامن وكذا من أودعته بقرا أو نوقا فأنزا عليها بغير إذنك فماتت من الولادة، وكذا من أودعته أمة فزوجها بغير إذنك فحملت فماتت من الولادة، فإنه ضامن.

وكذا يضمن أيضا من غر بالفعل؛ وذلك كمن شد متاعا لآخر بحبل ضعيف يعلم ضعفه فانقطع فضاع المتاع فإنه يضمن المتاع، وكمن صب زيتا لغيره في إناء مثقوب يعلم ثقبه فضاع الزيت من الثقب فإنه يضمنه، وكمن قطع الشقة قميصا لغيره وهو يعلم أنها لا تفي بقميص فإنه يضمن، وكمن أنكح امرأة على أنها حرة وهو يعلم عبوديتها فإنه يضمن الصداق للزوج، وكمن أنكح وليته أو موكلته عالما بعيبها أو بأنها معتدة فإنه يضمن الصداق للزوج.

أمـا الـذي بـالقولِ قَـطْ غـرَّ فـلا غـرْمَ عليـه فـي الأصـحِّ اللـذْ عَـلا

يعني أن الذي غر بالقول فقط أي لم يضم لغروره فعل.. فإنه لا غرم عليه فيما غر فيه إن تلف بغروره بقوله في القول الأصح الذي علا واشتهر عند العلماء.. كأن يقول لمن أراد صب زيت في إناء مثقوب: إنه صحيح، ولا يباشر صبه فيه، أو يقول لمن أراد أن يتزوج امرأة: إنها حرة وهو يعلم عبوديتها ولا يتولى عقدها ونحو ذلك.

تنبيهان: الأول: قال السجلماسي: الغار بالقول وإن كان لا يضمن.. فإنه يؤدب على المنصوص.

الثاني: قال أيضا ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر فقال: لا آمرك إلا بقلع الذي يليه.. فلا شيء علي القلع، وله أجره؛ لأنه علم به حين قلعه فتركه إلا أن يصدقه الحجام فلا يكون له أجر ويلزمه العقل أي دية الضرس.

وكل مَن صُـدِّقَ فـي دعـوى التلـفْ فَـصدِّقنه بـردٍّ إنْ حَلـفْ

يعني أن كل من صدق في دعوى التلف فإنه مصدق في دعوى الرد إن حلف على دعواه إلا إذا قبض المودع الوديعة، أو العامل القراض ببينة مقصودة للتوثق، فإنه يصدق في دعوى التلف، ولا يصدق في دعوى الرد إلا ببينة على المشهور، وإلا في المرسل معه ليوصله إلى أحد ببلد، فإنه يصدق في دعوى تلفه، ولا يصدق في دعوى دفعه لمن أرسل إليه إن أنكر المرسل إليه الدفع على المشهور.

وكلُّ من ضـمِنَ فـي دعـوى التلـفْ ففـي ادِّعـا الـردِّ ضـمانُه عُـرفْ

يعني أن كل من ضمن في دعوى التلف لعدم تصديقه فيها فإنه يضمن في دعوى الرد للمال.. سواء قبض المال ببينة أم لا، وذلك كالمرتهن والمستعير، وذا الخيار في البيع، والصانع فيما يغاب عليه؛ لأن هؤلاء قبضوا على الضمان.

قال المواق في باب الإجارة ما نصه: قال ابن الماجشون الصناع مصدقون في رد المال إلى أهله مع أيمانهم إلا أن يأخذوه ببينة فلا يبرؤون إلا ببينة.

وقال المقري في قواعده: وقد أشكل علي تكذيبهم يعني الصناع في دعوى الرد لأنهم إنما يقبضون بغير بينة عادة مطردة.

وقال القلشاني: قلت: ويظهر صواب قول ابن الملجشون بحسب الزمان؛ لأنهم يأخذون بغير إشهاد ويردون كذلك.

قلت: والراجح عندي في قريتنا هذه قول ابن الملجشون بتصديق الصانع في الرد؛ لكن الأحسن عندي أن يقيد بما إذا كان الصانع مأمونا.

فصل في ذكر أصول وقواعد كل قاعدة بيان لما هو الأصل من غيره، فيرجح الأصل حتى يدل دليل منفصل على خلافه

الطهرُ أصلُ العينِ والبُرْءُ دُري		أصلٌ لذمّةٍ إذا لم تُعمَرِ

يعني أن الأصل في العين أي الشيء القائم بنفسه الطهارة لطرو النجاسة على المحل، ولذلك اختلف في بطلان الصلاة في المزبلة والمجزرة ومحجة الطريق والحمام.. ونحو ذلك؛ لتعارض الأصل فيها الذي هو الطهارة مع الغالب الذي هو النجاسة؛ لأن الغالب فيها النجاسة.

والأصل براءة الذمة قبل العمارة والتكليف؛ ولذلك تجب البينة على من ادعى دينا على غيره.

وبعدَ أنْ تُعمَرَ فالعِمارَهْ		أصلٌ وذي قاعدةٌ مختارَه

يعني أن الذمة إذا عمرت فالأصل فيها العمارة، ولا تبرأ إلا بيقين، قيل أو بظن، والأول هو الصحيح الموافق لنقل الباجي، خلافا لابن الحاجب في قوله: ويعمل الظان على ظنه، ولذلك يأتي برابعة من شك أصلى ثلاثا أم أربعا، ويتوضأ من شك في الحدث، وهو معنى قولهم: الذمة عامرة فلا تبرأ إلا بيقين، والقول لمن ادعى براءة ذمته قبل تحقق العمارة، وأما بعد تحققه العمارة فلا يكون القول قوله، بل القول قول رب الدين إن الدين باق عليه.

واليُسرُ أصلٌ وكذا الضمانُ		والجَمعُ والتساوي والبيانُ

يعني أن الأصل عند مالك اليسر حتى يثبت العدم؛ لقوله تعلى وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾. ولذا كان القول قول من ادعى الملاء على غريمه.

والأصل أيضا الضمان أي التضمين لا التأمين؛ لأنه مقر؛ ولذلك كان القول قول رب المال إذا قال قرض، وقال الذي بيده المال قراض أو وديعة فيضمنه بوضع يده الذي هو سبب الضمان مدع لدفعه ذلك السبب.

والأصل أيضا الجمع بين الأدلة فمن ادعاه فقد ادعى الأصل فالقول قوله، وعلى من دعى التعارض البيان.

والأصل أيضا التساوي بين البينتين ونحوهما حتى يثبت المرجح، وهو الأصل أيضا في القصاص قال الله تعلى:﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾.

قال القرافي: والعدل التسوية في كل شيء حتى يقوم المخصص.

قال المقري: الأصل في القصاص التساوي، لأنه معناه إلا أن يؤدي إلى تعطيل القصاص قطعا كالجماعة بالواحد لتساعد العداة عادة أو غالبا كاستواء العضوين من كل وجه لندوره، ولهذه النكتة فرق مالك في جراحات العمد بين المسميات الأربعة فقال فيها: نسبة دياتها من دية الحر من قيمة العبد؛ لأنها قد تبرأ على غير نقص يحط من القيمة، فلو اعتبرت بذلك أدى إلى إبطالها، وذلك لا يجوز، بخلاف الجناية على الأطراف ونحوها، فإن النقص فيها حاصل لا يزول، وهذا فقه بديع يذهب تشنيع المزني عليه.

والأصل أيضا البيان حتى يثبت الإجمال، فمن ادعى البيان فقد تمسك بالأصل دون من ادعى الإجمال.

والإذن والظهورُ والطّهوريهْ والجَرحُ والصحةُ ثم الحريهْ

يعني أن الأصل: الإذن لا العداء.

قال المقري: الأصل الإذن والتضمين، لا العداء والتأمين، ولذلك كان القول قول من بيده المال إذا قال قراض، وقال رب المال غصبتنيه.

والأصل أيضا: الظهور أي حمل الكلام على ظاهره ولا يخرج عنه إلا لدليل.

والأصل أيضا: في الماء الطهورية حتى يثبت التغير؛ ولذا يستعمل الماء المشكوك في مغيره هل يضر؟.

والأصل أيضا: الجرح حتى يثبت التعديل؛ ولذا يقدم على العدالة إذا تعارضا؛ بأن شهدت بينة بالجرح، وبينة بالعدالة، وهذا مذهب مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: الأصل العدالة حتى يثبت الجرح، ولذا تقدم بينة التعديل عنده على بينة الجرح إذا تعارضتا.

والأصل أيضا: صحة الجسم حتى يثبت المرض وصحة العقل حتى يثبت الاختبال، وصحة المعاملة حتى يثبت الفساد إلا أن يغلب الفساد فيكون هو الأصل حينئذ.

والأصل أيضا: الحرية حتى يثبت الرق؛ ولذا قال مالك فيمن قذف رجلا يعرف برق وهو يدعي الحرية، وقذفه بنفيها هو على الحرية.

قال المنجور: تنبيه: الناس عند ابن القاسم أحرار، فلا تحتاج المرأة إلى إثبات أنها حرة عند إرادة نكاحها، وعند أشهب وغيره الناس حر وعبد، فتحتاج المرأة إلى إثبات أنها حرة عند إرادة نكاحها.

تنبيه: الناس فيما ادعي عليهم محمولون على الجهل حتى يثبت علمهم بذلك؛ لقوله تعلى: ﴿والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا﴾ فجهل الناس سابق على علمهم.

تنبيه: الناس محمولون على السفه حتى يثبت منهم الرشد، ومحمولون على العدم حتى يثبت الملاء. قاله ابن الهندي.

والأصلُ في الكِرا لدى الحذَّاقِ ضمانُه في حالةِ الإطلاقِ

يعني أن الأصل في الكراء والإجارة الضمان حتى يثبت التعيين بنص أو قرينة؛ ولذا يحمل على الضمان عند الإطلاق.

وفي العقودِ أنْ تَكونَ لازمَةْ وقد أتتْ عنهمْ عقودٌ خارِمةْ

يعني أن الأصل في العقود أن تكون لازمة بالقول للمتعاقدين، وقد أتت -أي رويت- عن الفقهاء عقود خارمة لهذا الأصل.

قال المقري في كلياته: الأصل في العقود اللزوم؛ لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها.

وقال القرافي -في الفرق التاسع والمائتين بين قاعدة ما مصلحته من العقود اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم-: اعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، والمعقود عليه، ودفع الحاجة، فناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود.

وأشار إلى تعداد العقود الخارمة للأصل بقوله:

وهْــي قِــراضٌ شِــرْكةٌ وكالــهْ   زِراعــــةٌ غِراســــةٌ جعالــــهْ

يعني أن العقود الخارمة للأصل هي هذه:

أولها: القراض، فالمشهور فيه أنه غير لازم بالقول للمتعاقدين؛ لأن حصول الربح فيه مجهول، وقيل يلزم به للمتعاقدين، وهو لابن حبيب، وقيل يلزم به لرب المال فقط.

ثانيها: الشركة، وعددناها من العقود غير اللازمة باعتبار القول الشاذ أنها لا تلزم إلا بالخلط، والمشهور فيها أنها تلزم بالقول، وهو قول مالك وأصحابه، وبه قال ابن يونس وعياض وابن عبد السلام.

قال المنجور: والظاهر أن مراد ابن يونس أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منهما، خلافا لمن يقول إنها لا تنعقد إلا بالخلط.

ثالثها: الوكالة.. بناء على أنها لا تلزم بالقول أي العقد مطلقا، وقيل تلزم به إن وقعت بأجرة، وإلا فلا تلزم به، وهو المشهور، وإن وقعت بجعل.. فقيل إنها لازمة من الطرفين، وقيل منحلة من الطرفين، وقيل لازمة للجاعل دون المجعول له، وقيل إن الوكالة بغير أجرة تلزم بالقول؛ لأنها معروف كالهبة. انتهى من المواق.

رابعها: المزراعة، والمشهور فيها أنها لا تلزم بالقول، بل ولا بالشروع في العمل، ولكل من المتزارعين الفسخ ما لم يبذر، وإياه اعتمد خليل، وبه قال ابن القاسم، ورواه عنه اصبغ في العتبيه، وقيل تلزم بالشروع في العمل وهو قول ابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتوى بقرطبة، وقال سحنون: تلزم بالعقد.

خامسها: المغارسة، وهي لا تلزم بالقول؛ لأنها مجهولة العاقبة في نبات الشجر، وجودة الأرض، ومواتاة الأسباب على معاناة الشجر مع طول الأيام، فقد يطلع على تعذر ذلك، وفرط بعده، فإلزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود، وقيل إنها تلزم بالقول.

سادسها: الجعالة، والمشهور أنها لا تلزم إلا بالشروع في العمل، وقيل إنها تلزمهما بالقول وقيل إنها تلزم الجاعل فقط.

كـذا الوصـيةُ القبـولُ والكِـرا وهبـةٌ يُمكِـنُ أنْ تُعتـصَرا

يعني أن الوصية بالمال أو بالنظروقبولها من العقود المستثناة من الأصل التي لا تلزم بالعقد، أما الوصية فلم أر خلافا أن للموصي أن يرجع فيها وإن أوصى بعتق، وأما قبول الوصية أي قبول الوصي الإيصاء في حياة الموصي، فالأصح فيه أنه غير لازم، فللوصي أن يعزل نفسه في حياة الموصي على الأصح؛ لأنه لم يغر الموصي؛ إذ هو قادر على أن يستبدل غيره، وقال عبد الوهاب في المعونة: إنه إذا قبل لا يكون له الترك إلا أن يعجز أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قول غيره من العراقيين وبعض المغاربة؛ لأن ذلك كهبة بعض منافعه.

ومن العقود التي لا تلزم بالعقد، الكراء بالمشاهرة والمسانهة، فذهب ابن القاسم في روايته عن مالك في المدونة أنه غير لازم لأحدهما بالقول ما لم ينقد، فيلزم قدر ما نقده، واختاره ابن يونس.. قال: لأنه كأنه قال أكريتك بحساب الشهر أو السنة بكذا، وروى مطرف وابن الملجشون أنه يلزم أقل ما سميا، فإن قالا كل شهر بكذا لزم في الشهر، وإن قالا: كل

سنة بكذا لزم في السنة، وبه قال ابن حبيب، واختاره اللخمي.. قال: لأنهما أوجبا بينهما عقدا ولم يجعلا فيه خيارا، فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضيه تلك التسمية، وروى عن مالك أنه لا يلزم المكتري شيء كالقول الأول.. حتى يشرع في السكنى، فيلزمه أقل ما سمي كالقول الثاني.

ومنها: الهبة التي يمكن اعتصارها، وهي الهبة للأولاد.. فلم أر خلافا فيها أنها غير لازمة، فللأب الرجوع عنها ما لم تفت بأحد المفوتات المذكورة في كتب الفقه.

كذاكَ تحكيمٌ والاقرارُ بحدْ فذي من الأصلِ خروجُها وردْ

يعني أن من العقود المستثنة من الأصل التي لا تلزم بالعقد التحكيم لشخص أن يقضي أي تحكيم الخصمين له، فإنه غير لازم لهما بالقول عند سحنون، فلكل منهما أن يرجع عنه قبل نفوذ الحكم، ولازم عند ابن الملجشون، وحكى خليل في مختصره القولين من غير ترجيح.

ومنشأ الخلاف: هل المحكم وكيل لهما؟، أو حاكم؟، فعلى أنه وكيل لهما يكون لكل منهما عزله مادام لم يمض الحكم عليه، وعلى أنه حاكم لا يكون لهما عزله ويلزمهما تحكيمه بالقول، وقال اصبغ: لكل منهما الرجوع ما لم ينشأ في الخصومة، فلا رجوع لأحدهما، ولابن المواز لكل منهما الرجوع ما لم يشرف على الحكم.

ومنها: الإقرار بما يوجب حدا كالزنى والسرقة والشرب.. ونحو ذلك مما له عذر في الرجوع عنه، فأما الزنى، فإن أقر به ثم رجع عنه فإنه لا يلزمه إقراره، ويسقط عنه الحد على المشهور، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم، خلافا لأشهب وعبد الملك.

وأما السرقة: فإن أقر بها ثم رجع عنها لشبهة.. فإنه يسقط عنه الحد اتفاقا، ولغير شبهة فإنه يسقط على المشهور، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف، وروي عن مالك ،خلافا لأشهب وعبد الملك.

وأما غرم المل: فإنه لازم له اتفاقا بالإقرار إن ادعاه المسروق منه ولا يسقطه عنه الرجوع عنه.

وأما الشرب: فان أقر به ورجع عنه، فالمشهور أنه يقبل رجوعه.

قال ابن عرفة: أبو عمر اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنى والسرقة وشرب الخمر.. إذا لم يدع المسروق منه ما أقر به السارق.

وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: لا يقبل رجوعهم في شيء من ذلك.

ابن زرقون وحكاه الخطابي في شرح السند عن مالك وهو غريب.

قوله: فذي من الأصل الخ. يعني أن هذه العقود الاثنى عشرة التي ذكرنا.. ورد عن الفقهاء أنها خارجة من الأصل المذكور.

والأصلُ أنْ لا يَجمعَ اللذْ عاوَضا   عوضَه معَ الذي قد عوَّضا

يعني أن الأصل عند مالك أن لا يجمع الذي عاوض أي الشخص المعاوض -بائعا كان أو مكتريا- بين العوض والمعوض عنه، فلا يجمع البائع بين الثمن والسلعة، ولا المؤجر الأجرة والمنفعة معا.

قال المقري: قاعدة: الأصل أن لا يجمع العوضان لشخص واحد؛ لأنه بمعنى العبث، وأكل الأموال بالباطل.

إلا إماماً موجَراً ومَن غَزا   بالأجرِ والذي لسبْقٍ أَحرزا

يعني إلا الإمام المؤجر على الإمامة في الصلاة فإنه يجمع بين العوضين الذي هو ثواب الإمامة في الآخرة، والمعوض منه وهو الأجرة في الدنيا، وإلا الغازي إذا خرج بالأجرة عن غيره.. ممن هو معه في ديوان واحد، فإنه يجمع بين العوض الذي هو ثواب الغزو في الآخرة، والمعوض منه وهو الأجرة في الدنيا، وإلا السابق لغيره في المسابقة على القول بأنه يجوز له أخذ الجعل وهو مالك إذا لم يكن السابق هو المخرج له؛ بأن أخرجه المسبوق أو متبرع غيرهما، فإنه يجمع العوض الذي هو ثواب السبق؛ لأنه مندوب، والمعوض منه وهو الجعل.

قال المقري: قاعدة: الأصل أن لا يجتمع العوضان لشخص واحد؛ لأنه بمعنى العبث وأكل المال بالباطل، واستثنى القرافي من ذلك أجرة الإمامة لابن عبد الحكم، وجعل القاعد للغازي وهما من ديوان واحد، والسبق لمن يجيز أخذ السابق.

وأما الأجرة على الإمامة ففيها ثلاثة أقوال: الجواز. والمنع. والفرق بين أن يضم إليها الأذان فتصح، أو لا يضم إليها فلا تصح.

حجة المنع: أن ثواب صلاته له، ولو حصلت له الأجرة لحصل له العوض والمعوض منه، وهو غير جائز.

وحجة الجواز: أن الأجرة بإزاء الملازمة للمكان المعين، وهو غير الصلاة.

وحجة التفرقة: أن الأذان لا يلزمه، فيصح أخذ الأجرة عليه، فإذا ضم إلى الصلاة.. قرب العقد من الصحة، وهو المشهور.

وأما الجعالة على الغزو من القاعد للخارج عنه.. إذا كانا من ديوان واحد.. فالجواز فيها هو مذهب مالك، ومنعها الشافعي وأبو حنيفة.

وأما الأجرة على السبق: فالمشهور فيها جواز أخذ السابق لها إذا لم يكن هو المخرج لها؛ بأن أخرجها متبرع أو المسبوق.

فصل في الأصول المختلف في تقديم أحدها على الآخر عند التعارض:

كتعارض قياسين ومقصد ولفظ وغالب وأصل، وإنما ذكرنا تعارض القياسين هنا مع الجزم بتقديم الأقوى شبها؛ لأنه قد يختلف الأقوى ما هو؟، فالتحق بالنمط الأول.

إنْ دارَ فـرْعٌ بـين أصـلينِ ولـمْ   يُمكـنْ لنـا الجمـعُ فالأَصـوبُ لَـزِمْ

يعني أن الفرع إذا دار بين أصلين ولم يمكن الجمع بينهما، فإنه يلزم حمله على الأصوب منهما.

قال المقري: قاعدة: إذا اختص الفرع بأصل أجري عليه إجماعا فان دار بين أصلين حمل على الأولى منهما، وقد يختلف فيه كالإرث من المكاتب، وما يجب بقتل أم الولد، وملك عامل القراض.. هل هو بالظهور؛ لأنه كالشريك لتساويهما في زيادة الربح ونقصه؛ ولعدم تعلق حقه بالذمة؟، أو بالقسمة؛ لأنه كالأجير لاختصاص رب المال برأس المال؛ ولأن القراض معاوضة على عمل؟، وقد تعمل الشائبتان، فإن من غلب الشركة اعتبر شروط

الزكاة في حقها، ومن غلب الإجارة اعتبرها في حق المالك فقط، وابن القاسم أعملهما.. فقال: يراعى أمرهما، وإن سقطت عن أحدهما سقطت عن الآخر في الربح.

ومن هذا أيضا: الخلاف في اللازم لمن قتل العبد.. هل عليه قيمته وإن زادت على دية الحر أو لم تزد عليها.. بناء على أنه كالدابة في المالية والتصرف فيه؟، أو عليه ديته.. بناء على أنه كالحر؛ لأنه إنسان عاقل مخاطب مثاب معاقب، والمشهور أن على قاتله قيمته ولو زادت على دية الحر.. تغليبا لشبهه بالمال.

ومن فروع هذا الأصل أيضا: نقض الوضوء بالشك في الحدث.. تغليبا للأصل الذي هو عمارة الذمة بعد التكليف ولا تبرأ إلا بيقين، والشك في الشرط شك في المشروط، وأما على تغليب كون الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه.. فلا ينقض الوضوء بالشك في الحدث، والفرع دائر بين هذين الأصلين، ومشهور مذهب مالك تغليب الأصل الأول.

قال المنجور: وبالأصل الثاني تمسك الجماعة، وبالأصل الأول تمسك حمديس، وقال بعض شراح الرسالة -في الكلام على أجرة الكيال- إنها على البائع في طعام البيع، وفي طعام القرض على المستقرض، واختلف في التولية والشركة، فمن رأى أنهما معروف ألحقهما بالقرض فتكون أجرة الكيال فيهما على المولّى والمشرك بالفتح، ومن رأى أنهما بثمن ألحقها بالبيع فتكون الأجرة على المولي والمشرك بالكسر.

قلت: والصواب أنهما كالقرض؛ لأن شائبة المعروف فيهما أقوى من شائبة البيع إلا أن يكون المشتري هو الذي يطلب من يوليه أو يشركه في المشتري، فالظاهر عندي أنها حينئذ تكون على المولى والمشرك بالكسر؛ لقوة شائبة البيع فيهما حينئذ.

وإنْ يُعارضْ مقصدٌ لفظاً ففي تقديمِ ذا وذاك خلفٌ قد قُفي

يعني أن المقصد العرفي أي المعنى الجاري العرف بتوجه قصد الناس إليه غالبا.. إذا تعارض مع ظاهر اللفظ لغة، ففي المقدم منهما خلاف مقفو أي متبع، مروي عن الفقهاء، والمشهور تقديم المقصد العرفي على ظاهر اللفظ لغة.

ومن فروع هذا الأصل: الخلاف في حنث الحالف لا يأكل لحما، أو بيضا، أو رأسا، إذا أكل لحم الحوت، أو بيضه، أو رأسه، فعلى أن ظاهر اللفظ لغة مقدم على المقصد العرفي: يحنث، وبه قال ابن القاسم، وهو المشهور، وعلى أن المقصد العرفي مقدم على ظاهر اللفظ لغة: لا يحنث، وبه قال أشهب.

ومنها، الخلاف في حنث من حلف لا يأكل خبزا، فأكل نحو "الأطرية" و"الهريسة" و"الكعك"، فعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة يحنث بأكلها وهو المشهور، وعلى تقديم المقصد العرفي لا يحنث به.

ومنها: الخلاف فيمن حلف لا يأكل عسلا، فأكل عسل الرطب، فعلى تقديم المقصد العرفي على مقتضى اللفظ لغة: لا يحنث بأكل عسل الرطب، وعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة: يحنث بأكله، وهو المشهور.

ومنها الخلاف في حنث من حلف لا يدخل على فلان بيتا، فدخل عليه المسجد، فعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة: يحنث؛ لأن المسجد يسمى بيتا لغة، وعلى تقديم المقصد العرفي لا يحنث؛ لأنه ليس بيتا عرفا، وهو المشهور.

ومنها: الخلاف في حنث من حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه في الصلاة، فعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة: يحنث؛ لأن التسليم تكليم لغة، وعلى تقديم المقصد العرفي: لا يحنث؛ لأنه لا يسمى تكليما في العرف، وهو المشهور.

ومنها: الخلاف في مسألة من وكل رجلا يشتري له ثوبا يلبسه، فاشترى له ثوبا لا يليق بحاله لبسه.. هل يلزم الموكل الثوب الذي لا يليق به؟، أو لا؟.. فعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة: يلزمه، وعلى تقديم المقصد العرفي: لا يلزمه، وبالأول قال أشهب، وبالثاني قال ابن القاسم.

قال المنجور: فراعى ابن القاسم العرف في الوكالة دون الأيمان، وعكس أشهب، وأجيب بأنه لا يلزم من اطراد العرف في كل مسألة اطراده في مثل ذلك؛ لجواز جريان العرف في إحداهما دون الأخرى، والقياس لا يجرى في المسائل العرفية.

ومنها: الخلاف في لزوم الطلاق لمن نوى بصريح الظهار الطلاق، فعلى تقديم مقتضى اللفظ لغة: يلزمه الطلاق، وعلى تقديم المقصد العرفي: لا يلزمه وهو المشهور.

قال في التوضيح -في قول ابن الحاجب: وفي تنويته.. ثالثها ينوي في الطلاق.- ما نصه: يعني لو ادعى في صريح الظهار أنه لم يرد الظهار، وإنما أراد الطلاق.. فهل يقبل الطلاق منه؟، أم لا؟.

المازري: والمشهور أنه لا يقبل منه، ويكون ظهارا. رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك زاد ابن المواز: ولا يلزمه الطلاق.

ومنها: الخلاف في لزوم القضاء لمن نذر صوم يوم قدوم زيد.. فقدم نهارا، فعلى أن المقصد العرفي مقدم على مقتضى اللفظ لغة: يلزمه قضاؤه؛ لأن قصده الشكر، وعلى أن مقتضى اللفظ لغة مقدم على المقصد العرفي: لا يلزمه قضاؤه؛ لأنه معين وقد فات.

والأصلُ إنْ عارضَه ما قد غَلَبْ ففي المقدَّمِ خلافٌ قد وجبْ

يعني أن الأصل إذا عارضه الغالب.. ففي المقدم منهما خلاف قد وجب أي ثبت عند الفقهاء.

ومن فروع هذا الأصل: الخلاف في قبول دعوى المبتاع الجهل بالعيب الظاهر الذي لا يخفى غالبا، فعلى تقديم الأصل على الغالب يصدق المبتاع في دعوى الجهل؛ لأنه الأصل، وعلى تقديم الغالب: يصدق البائع في دعواه أن المبتاع رأى العيب؛ لأن الغالب عدم خفائه، والقولان لمالك وابن حبيب.

ومنها: الخلاف في طهارة سؤر ما عادته استعمال النجاسة إذا لم تر على فيه وقت شرابه، فعلى تقديم الأصل: يكون السؤر طاهرا؛ لأن الأصل الطهارة، وعلى تقديم الغالب يكون نجسا؛ لأن الغالب نجاسته، والمشهور التفرقة بين الماء والطعام، فيراق الأول دون الثاني.

قال السجلماسي: قلت: والمشهور في الماء الكراهة فقط أي كراهة استعماله في متوقف على طهور.

ومنها الخلاف في تصديق الزوج إذا ادعى على الأمة التي تزوجها أنها غرته بأنها حرة وأنكرت ذلك هي وسيدها، فعلى تقديم الأصل على الغالب: يصدق السيد؛ لأن الزوج مدع لحرية ولده منها، وبه قال سحنون، وعلى تقديم الغالب يصدق الزوج، وبه قال ابن القاسم. حكاه عنه ابن يونس، وهو المشهور.

محلُّه في غير دعوى الورِعِ وشاهدَيْنِ أثبتا للمدَّعي

يعني أن محل الخلاف في المقدم من الأصل والغالب إذا تعارضا في غير دعوى التقى الورع لدين على شخص، وأنكر ذلك الشخص المدعى عليه، فإن الورع الغالب صدقه، والأصل براءة ذمة المدعى عليه، وهذا الأصل هنا مقدم على الغالب إجماعا.

ومحل الخلاف أيضا: في غير شاهدين أثبتا الحق للمدعى أي لمدعية على غيره، والأصل براءة الذمة، والغالب صدق الشاهدين، وهذا الغالب هنا مقدم على الأصل إجماعا.

قال القرافي في الفروق: أجمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدين، فان القول قول المدعى عليه، وإن كان المدعى أصلح الناس وأتقاهم لله، واتفقت الناس على تقديم الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت بحق، فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه.

قال الأبي في اختصار الفروق: إنما ألغى الغالب الذي هو صدق البر التقي؛ لأن القلوب بيد الله يقلبها كيف يشاء، فليس هذا الغالب بمعتبر أصلا، وأما ترجيح البينة على براءة الذمة فليس من ترجيح الغالب على الأصل، بل هو من باب العمل بالخبر الذي لا يصح خلافه، وهو قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه».

وإنْ أتى معارِضاً لما ظَهرْ ففي المقدَّمِ خلافٌ استقر

أي وإن أتى الأصل معارضا للظاهر في واقعة، ففي المقدم منهما خلاف استقر بين الفقهاء.

ومن فروعه: الخلاف في جواز الصلاة على القبر البالي، فعلى تقديم الأصل على الظاهر: تجوز الصلاة عليه؛ لأن أصله الطهارة، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه، وعلى تقديم الظاهر على الأصل: لا تجوز الصلاة عليه؛ لأن الظاهر وجود العظام في القبر، والمشهور الأول، وقال ابن حبيب إن صلى في مقابر الكفار العامرة أعاد أبدا، ولا إعادة عليه في الدارسة، ولعبد الوهاب تكره في الجديد من مقابر المسلمين والقديم إن كانت منبوشة ما لم يجعل بينه وبينها حصير، وتكره في مقابر المشركين، واختار اللخمي منع الصلاة فيها، والجلوس عليها، والإتكاء عليها.

والأصلُ في الغالبِ أنْ يُقدَّما على الذي ندرَ عندَ العلما

يعني أن الأصل في الغالب أن يقدم على النادر عند العلماء؛ لأن الأصل في الغالب في الشرع اعتباره، والأصل في النادر إلغاؤه إلا في مسائل قدم فيها النادر على الغالب أشار إليها بقوله:

إلا بطينِ مطرٍ والنعلِ وثوبِ مسلمٍ رُمي بالجهلِ

يعني أن طين المطر الواقع في الطرقات وممر الدواب.. مما قدم فيه النادر على الغالب؛ لأن الغالب عليه اختلاطه بالنجاسة، والنادر سلامته منها، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب.. رفقا بالعباد فيصلى به من غير غسل.

ومنه: النعل الغالب عليها النجاسة لا سيما نعل مشى بها سنة، وجلس بها في المراحيض، والنادر سلامتها من النجاسة، فألغى الشارع هذا الغالب، واعتبر النادر.. رفقا بالعباد، فجاءت السنة بالصلاة في النعال.. حتى قال بعضهم: إن خلع النعال للصلاة بدعة.

ومنه: ثوب المسلم الذي رمي بالجهل أي الفسق، بأن كان تاركا للصلاة أو الطهارة أو شارب خمر ولا يتحرز من النجاسة، فان الغالب على ثوبه النجاسة، والنادر سلامته منها، فاعتبر الشرع هذا النادر، وألغى الغالب.. رفقا بالعباد ورحمة، فأجاز الصلاة به، واختار اللخمي أنه نجس لا يصلى فيه إلا ثوب رأسه إذا كان غير شارب خمر، وهذا هو المشهور، وإياه اعتمد خليل في مختصره.

ونسجِ كافرٍ وثوبِ السوقِ   وصُنعِ كافرٍ وذي الفسوقِ

يعني أن نسج الكافر من كتابي وغيره، والثوب المشترى من السوق ولا يدرى حال لابسه.. هل هو مسلم؟، أو كافر؟، وهل يتوقى النجاسة؟، أو لا؟، وما صنعه الكافر والفاسق من الطعام، كل هذه مما قدم فيه النادر على الغالب.. رفقا بالعباد.. فيصلى بالثوب، ويؤكل الطعام.

كذاك ملبوسُ الصبي إنِ اعتنى   بغَسلِ ما رأى به مَنْ حَضنَا

يعني أن لباس الصبي مما قدم فيه النادر على الغالب رفقا بالعباد فيصلى به إن كان حاضنه معتنيا بغسل ما رأى فيه من النجاسة، وأما إن استقل الصبي بغسله فانه نجس. قاله ابن العربي في العارضة. قاله الحطاب.

قال ابن ناجي: ثياب الصبي محمولة على النجاسة حتى تتيقن الطهارة، وقال البرزلي بالعكس؛ لظاهر حديث حمل النبي ﷺ لـ"أُمامة" وهو في الصلاة، ونقل في شرحه القولين من غير ترجيح، وقال عياض في شرح حديث أمامة: فيه من الفقه أن ثياب الصبيان وأبدانهم محمولة على الطهارة حتى تتحقق النجاسة.

قال الأبي: حمل ثياب الصبيان على الطهارة إنما هو في صبيان علمتهم أهاليهم بالتحفظ من النجاسة.

وقال الحطاب: والظاهر ما قاله ابن ناجي، وابن العربي، وهو الذي يؤخذ من كلام أبي الحسن الصغير.

ووضْعُ حملٍ بعد أعوامٍ تُحدْ   بخمسةٍ من يومِ طلّقَ تُعدْ

يعني أن وضع الحمل بخمس سنين من يوم الطلاق مما قدم فيه النادر على الغالب، فيلحق بالزوج المطلق مع أن النادر كونه منه، والغالب كونه من زنى، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب سترا على الإناث ورفقا بهن وصونا لأعراضهن عن الشك.

ووضْعُه لستةٍ من الشهورْ   للعقدِ مما اعتبروا فيه النُّدورْ

يعني أن وضع الحمل لستة أشهر من يوم العقد مما اعتبر الفقهاء فيه النادر، والغوا فيه الغالب، فالحقوه بالزوج العاقد.. مع أن الغالب كونه من زنى، والنادر كونه من الزوج ذي العقد، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب.. رفقا بالإناث وسترا عليهن وصونا لأعراضهن.

وعقْدُ جِزيةٍ وطُهْرِ الحُصُرِ والبذلُ للمفقودِ أقصى العمُرِ

يعني أن شرع عقد الجزية على الكفار أهل الذمة وإقرارهم على دينهم مما اعتبر الشرع فيه النادر وألغى الغالب وذلك؛ لأن حكمة مشروعية عقدها عليهم توقع الإسلام من بعضهم وهو نادر، والغالب استمرارهم على الكفر، فاعتبر الشارع هذا النادر وألغى الغالب رفقا بالعباد.

ومنها: أيضا الحكم بطهارة الحصير الذي أسود من طول ما لبس مع أن طهارته نادرة، والغالب نجاسته؛ لأنه يمشي عليه الحفاة من الصبيان، ومن يصلي، ومن لا يصلي، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب، فجاءت السنة بأن رسول الله ﷺ قد صلى على حصير قد اسود من طول ما لبس بعد أن نضحه بالماء، والنضح لا يزيل النجاسة، بل ينشرها.

ومنه: الحكم للمفقود بأقصى العمر، وهو سبعون سنة.. مع أن الغالب الموت في الشباب، والنادر بلوغ السبعين، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب رفقا بالعباد.

وفَرضُ الاشتغالِ بالتعلمِ والندبُ للنكاح أي للأيِّمِ

يعني أن مما اعتبر الشارع فيه النادر وألغى الغالب: فرض الاشتغال بالتعلم للعلم مع أن الغالب على المتعلمين الرياء، وعدم الإخلاص به، والنادر الإخلاص به، ومع هذا فقد اعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب فأمر بتعلمه، ومنه ندب النكاح للأيم أي الخالي من الزواج رجاء أن يخرج بين الزوجين نسمة صالحة.. مع أن الغالب الجهل بالله عز وجل، والإقدام على المعاصي، ومقتضى هذا الغالب أن ينهى عن النكاح، لا سيما على مذهب من يكفر المقلد، فاعتبر الشارع هذا النادر، وألغى الغالب، فندب النكاح لكل أحد.

قال المنجور: ينبغي لمن قصد إثبات حكم النادر دون الغالب أن ينظر هل ذلك الغالب مما ألغاه الشرع؟، أم لا؟، وحينئذ يعتمد عليه، وأما الحكم بمطلق الغالب كيف كان في جميع صوره فخلاف الإجماع، ومع هذا كله فالأصل اعتبار الغالب، وإلغاء النادر، فالفرد المتردد بينهما يحمل على الغالب؛ لكن بشرطه -على ما ذكره الشهاب- أن يكون ذلك الفرد من جنس الغالب، وإلا فلا يحمل على الغالب، فالعام الذي لا قرينة تدل على تخصيصه.. يحمل على عمومه، وإن كان التخصيص في العام أكثر.. حتى روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ما من عام إلا وقد يخصص إلا قوله تعلى ﴿والله بكل شيء عليم﴾.

تنبيهان:

الأول: قال السجلماسي: مثل نسج الكافر مغسوله.

قال الحطاب: قال ابن شعبان في الزاهي: والثياب التي يلي غسلها الكافر طاهرة، وكذلك ما نسجه المجوسي وإن لم يغسل. ومثله أيضا مخيطه على ما ذهب إليه أبو عمران الفاسي، خلاف ما اقتصر عليه الوانوغي من أنه لا يصلي بما خاطه الذمي قائلا بنجاسة ريقه.

الثاني: قال أيضا: نظّر ابن مرزوق في استثنائهم ملبوس المسلم الذي لا يصلي، فإنه لما ذكر أنه لا يصلى بثياب غير المصلي إلا ما كان معدا لرأسه كالعمامة والقلنسوة، فإن الصلاة به جائزة، قال كذا قالوا. وفيه نظر لا يخفى؛ لأنهم إنما منعوا الصلاة بما ينام فيه مصل آخر من أجل الشك في نجاسته، والشك في نجاسة ثوب غير المصلي أقوى بكثير؛ لأن من لا يتحفظ من النجاسة لا يبالي أين يصلي.

وربّما شُرِعَ الالغاءُ لِذيْنْ		أي غالبٍ ونادرٍ بدونِ مينْ

يعني أن الشرع ربما ورد بإلغاء الغالب والنادر معا، وذلك في مسائل أشار إليها بقوله:

وذاك في شهادةِ الصبيانِ		بالمالِ والنِّساءِ في الأبدانِ

يعني أن إلغاء الغالب والنادر معا كائن في شهادة الصبيان في المال إذا كثر عددهم جدا، فإن الغالب صدقهم والنادر كذبهم، ولم يعتبر الشرع صدقهم، ولا قضى بكذبهم، بل أهملهم رحمة بالمدعى عليه، بخلاف القتل والجرح فقد قبلهم مالك وجماعة فيهما.

وألغي الغالب والنادر معا أيضا في شهادة النساء في أحكام الأبدان، وهي كل ما ليس بمال ولا آيل له.

والواحدِ العدل بها ومَن فسَقْ وكافرٍ في كل شيء يُستحقْ

يعني أن مما ألغي فيه الغالب والنادر معا: شهادة العدل الواحد في أحكام الأبدان أيضا فإن الغالب صدقه والنادر كذبه، ولم يقض الشرع بصدقه رفقا بالمدعى عليه ولا بكذبه.

ومما ألغي فيه الأمران أيضا: شهادة الفاسق والكافر بكل شيء يستحق.. مالا كان أو غيره إذا شهد جمع كثير من الفساق والكفار، فإن الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، وقد ألغى الشرع صدقهم لطفا بالمدعى عليه ولم يحكم بكذبهم.

كذا الروايةُ لذيْنِ والكثيرْ من المجاهيلِ لما قالَ البشيرْ

يعني أن مما ألغي فيه الغالب والنادر معا: رواية هذين الفريقين أي الكفار والفاسق لحديث النبي ﷺ إذا كثروا، فإن الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، وقد ألغى الشرع الأمرين معا فلم يقض بواحد منهما.

ومنه: رواية الجمع الكثير من المجاهيل لما قاله النبي البشير ﷺ فإن الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، وقد ألغاهما الشرع معا فلم يقض بواحد منهما.

كذا المبرزُ إذا ما شَهدا للنفسِ أو مَن قربُه تأكّدا

يعني أن مما ألغى فيه الغالب والنادر معا: شهادة العدل المبرز لنفسه أو لقريبه المتأكد قربه منه كأبيه وولده وزوجه، فإن الغالب صدقه، والنادر كذبه، ولم يقض الشرع بواحد منهما.

أو كان شاهداً على مَن نازعَهْ أو بالزنى شهدَ غيرُ أربعهْ

أي ومما ألغي فيه الغالب والنادر معا: شهادة المبرز على من نازعه أي على خصمه، فإن الغالب صدقه والنادر كذبه، ولم يقض الشرع بواحد منهما.

أو بالزنى شهد غير أربعه.. يعني أنه مما ألغى فيه الغالب والنادر معا شهادة غير الأربعة أي ثلاثة عدول أو اثنان بالزنى، فإن الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، ولم يقض الشرع بواحد منهما.

فصل في القضاء والشهادات:

ولما كان تبيين المدعي من المدعى عليه هو الذي عليه المدار في القضاء شرع في تعريفهما، وبدأ بتعريف المدعى عليه فقال:

المدّعَى عليه من قد وافقا للأصلِ أو عرْفٍ ... .

يعني أن المدعى عليه في اصطلاح الفقهاء هو الذي وافق قوله -أي دعواه- الأصل أو العرف بأن شهد بتصديقه أحدهما، فالموافقة لأحدهما كائنة.

تعريفَه بأقربِ الخصمين في وبعضٌ حقّقا سببِ مطلوبٍ

يعني أن بعض الفقهاء من أصحاب مالك حقق تعريف المدعى عليه بأنه هو أقرب الخصين سببا في الشيء المطلوب أي المدعى فيه.

أي اختاره القرافي بعد أن نقله وذا القول اصطفي

قاله المنجور: في شرح المنهج، وقد رأيت القرافي نقله عن الأصحاب، وقرره وسلمه، فهو أحد القائلين به.

والمدَّعِي من قولُه قد خالفا الامريْن أو سببُه قد ضَعُفا

يعني أن المدعي هو من خالف قوله الأصل والعرف معا، أو كان سببه في المدعي فيه ضعيفا.

قال القرافي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه: وهما يلتبسان كثيرا؛ لأنه ليس كل طالب مدعيا، ولا كل مطلوب مدعى عليه، وللأصحاب فيه عبارتان: إحداهما: المدعي هو أبعد المتداعيين سببا، والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سببا. والعبارة الثانية وهي توضح

الأولى: المدعي من كان قوله على خلاف الأصل والعرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وبيان ذلك بالمثالين أن اليتيم إذا بلغ وطلب الوصي بماله، فزعم أنه دفعه إليه، فإنه مدعى عليه، والوصي المطلوب مدعي، فعليه البينة؛ لأن الله تعلى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم، فلم يأتمنهم على الدفع، بل على التصرف والإنفاق خاصة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدفع، فاليتيم طالب، وهو عليه اليمين، لأنه مدعى عليه، والوصي مطلوب وهو مدع، وإنما قلنا عليه اليمين لقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». ونظائر هذا كثيرة، فينبغي أن يعتمد الترجيح بالعوائد، وظواهر الأحوال والقرائن، وعلى هذا إذا ادعى جزار ودبّاغ جلدا كان الدبّاغ مدعى عليه، ولو كان هو الطالب، وإذا ادعى قاضي وجندي رمحا كان الجندي مدعى عليه، وعليه مسألة اختلاف الزوجين في متاع البيت، فإن القول قول الرجل فيما يشبه قماش الرجال، والقول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء.

وقيل من أثبتَ مدّعٍ ومَن نفى فمدّعىً عليه قُلْ قَمَنْ

أي وقيل إن المثبت هو المدعي فعليه البينة، والنافي قمن -أي جدير- بكونه المدعى عليه فيصلق بيمين.

قل أبو عبد الله المقري: قاعدة : المدعي أبعد المتداعيين سببا، وهو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف أو ظاهر، والمدعى عليه أقربهما سببا، وهو من وافقت دعواه أحدهما، وقد يتساويان كالمتبايعين، فالأصل كدعوى بقاء الملك، والعرف كدعوى الأشبه.. وهي مسموعة بعد الفوات أي فوات السلعة التي اختلف المتبائعان في قدر ثمنها، أو صفته أو أجله اتفاقا، ومع القيام قولان. ابن بشير: وهما خلاف في حل.. فإن ادعى شبها وأبعد صاحبه.. فينبغي أن لا يختلف أن القول قول مدعى الأشبه، وإن ادعى الآخر ما يمكن.. ويتغابن الناس به: لم يلتفت إلى الشبه، والظاهر إما ظاهر حل، أو قرينه، وبالجملة ما أفاد ظن الصدق، وليس كل طالب مدعيا، ولا كل مطلوب مدعى عليه، فعلى هذه القاعدة تخرج فروع الدعاوي.

وقال ابن المسيب من عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه الحكم.

وقال شهاب الدين بن حجر: اختلف الفقهاء في تعريف المدعي والمدعى عليه، والمشهور فيه تعريفان: الأول المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه بخلافه، والمدعي من إذا سكت ترك، والمدعى عليه إذا سكت لم يترك، والأول أشهر، والثاني أسلم، وقد ورد على الأول أن المودع إذا ادعى الرد أو التلف فإن دعواه تخالف الظاهر، ومع ذلك فالقول قوله، وقيل في تعريفهما غير ذلك.

طلبُ ذي التعيين أو ما عَلقا بذمةٍ له أو اللذْ حققا
ترتُّبٌ عليه للذْ عينا دعوى صحيحة لدى مَن فَطنا

يعني أن تعريف الدعوى الصحيحة عند العلماء الفطناء هي طالب الشيء المعين كالحيوان والثوب الذي يعرف بعينه والأصول، أو طلب الشيء غير المعين المتعلق بذمة معين.. سواء كان معينا بالشخص كدعوى الدين على زيد مثلا، أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة، أو طلب الشيء غير المعين المحقق ترتب المعين عليه كدعوى الزوجة على زوجها الطلاق أو الردة.. وهما غير معينين؛ لكن يترتب عليهما حوز الزوجة لنفسها، وهي معينة، وكدعوى الولد المسلم أو الكافر أن أباه مات مسلما أو كافرا، والكفر والإسلام غير معينين؛ لكن يترتب عليهما أي على إثباتهما حوز المال بالإرث، وهو معين أي فيرث المسلم المسلم ويرث الكافر الكافر .

ويشترط في اعتبار الدعوى الصحيحة خمسة شروط أشار إليها بقوله:

إن كان مطلوبٌ بها تَعلّقا به صحيحُ غرضٍ وحُقّقا

يعني أنه يشترط في اعتبار الدعوى الصحيحة أن يتعلق بها غرض صحيح للمدعي من جلب مصلحة أو درء مفسدة، ولذا لا تسمع الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة كالدعوى بعشر حبة سمسم مثلا، ولا يمكن المستأجر من قلع ما لا قيمة له.

ويشترط في اعتبارها أيضا أن يكون المطلوب محققا ولذا لا تسمع الدعوى إذا قال المدعي أظن أن لي على فلان كذا لعدم التحقيق.

قال القرافي: ينتقض القول بأن الدعوى لا بد أن تكون محققة.. بأن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه أو أخبره عدل بحق له، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده، مع أن هذه الأسباب لا تفيد إلا الظن، وإن أرادوا أن التصريح بالظن يمنع صحة الدعوى والسكوت عنه لا يقدح فيها، فما جاز الإقدام معه لا يكون التصريح به مانعا.. كما لو شهد الشاهد بالسماع أو الظن في الفلس وحصر الورثة، وصرح بمستنده في الشهادة، فقال بعض الشافعية: يقدح تصريح الشاهد بمستنده في ذلك، وليس لقوله وجه؛ لأن ما أجازه الشرع لا يكون النطق به منكرا وهذا مقتضى القواعد.

وكان معلوماً وذو العُرْفِ أَقَرْ	دعواهُ والشرعُ لها قد اعتَبَرْ

يعني أنه يشترط في اعتبار الدعوى الصحيحة أن يكون المدعى به معلوما أي غير مجهول؛ ولذا لا تسمع الدعوى إذا قال المدعي لي على فلان شيء.

قال القرافي عن الجواهر: خلافا للمازري.

وقال الحطاب: مسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره.

وقال ابن فرحون: أما لو قال لي عليه شيء من فضلة حساب لا أعلم قدرها، وقامت له بينة أنهما تحاسبا، فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذا لو ادعى حقا في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهذه مسموعة.

ويشترط في الدعوى الصحيحة أيضا: أن يكون العرف قد أقرها أي صدقها، ولذا لا تسمع دعوى الأجنبي الحاضر على الحائز لدار أنها له إذا كان الحائز يهدم ويبني ويؤجر مع طول الزمان، والمدعي حاضر يراه يفعل ذلك كله وهو ساكت من غير مانع يمنعه من رغبة أو رهبة؛ لأن العرف حاكم بتكذيبه؛ إذ لا يسكت أحد عن مثل هذا عادة.

ويشترط في اعتبارها أيضا: أن يكون الشرع معتبرا لها، وإلا لم تسمع كدعوى الهبة والوعد على القول بعدم اللزوم فيهما.. فإنها غير معتبرة شرعا على هذا القول مع أنها متعلق غرض صحيح.

قال أبو عبد الله المقري: قاعدة: الدعوى الصحيحة هي طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه معين معتبر شرعا؛ بحيث لا تكذبها العادة.. كدعوى المرأة الطلاق، فيترتب عليه لها حوز نفسها، والوارث أن مورثه مات مسلما أو كافرا، فيترتب عليها الميراث.. وقال قبل هذا قاعدة: لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح من جلب مصلحة أو درء مفسدة، ولذا لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة، ولا يمكن المستأجر ونحوه من قلع ما لا قيمة له.

وقال القرافي في الفرق الحادي والثلاثين والمائتين ما نصه: ضابط الدعوى الصحيحة طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما ترتب عليه أحدهما.. معتبرة شرعا لا تكذبها العادة، فالأول: كدعوى السلعة المعينة. والثاني: كالديون. ثم المعين قد يكون معينا بالشخص كزيد، أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة، والقتل على جماعة، أو أنهم أتلفوا له متمولا. والثالث: كدعوى المرأة الطلاق، أو الردة على زوجها، فيترتب لها حوز نفسها وهي معينة، أو الوارث أن مورثه مات مسلما أو كافرا فيترتب له الميراث المعين.. فهي مقاصد صحيحة، وقولنا معتبرة شرعا احترازا من دعوى عُشُر سمسمة، فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى؛ إذ لا يترتب عليها نفع شرعي، ولهذه الدعوى أربعة شروط: أن تكون معلومة، محققة، لا تكذبها العادة، يتعلق بها غرض صحيح.

وفي الجواهر: لو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه؛ لأنها مجهولة، وكذلك أظن أن لي عليه ألفا، أو لك علي ألف، وأظن أني قضيتها لتعذر الحكم؛ إذ ليس بعض أولى من بعض، ولا ينبغي للحاكم أن يدخل في الخطر بمجرد الوهم من المدعي.

لا تَلْزمُ اليمينُ بالدعوى فقدْ   فيما ثبوتُه بعدلين وردْ

يعني أن اليمين لا تلزم المدعى عليه أي لا تتوجه عليه بسبب الدعوى.. فقد أي فقط أي بمجرد الدعوى في كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين.

قال ابن الحاجب: وكل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردها، ولا ترد كقتل العمد، والنكاح، والعتق، والنسب، والولاء، والرجعة.

إلا إذا أقام مَن قد ادعى		عدلاً على دعواه شاهداً وعى

يعني أن اليمين لا تتوجه على المدعى عليه في الدعوى التي لا تثبت إلا بعدلين بمجرد الدعوى إلا إذا قام المدعي على دعواه شاهدا عدلا حافظا لها، فإن اليمين حينئذ تتوجه على المدعى عليه لرد شهادة الشاهد فيما عدى النكاح على معروف المذهب.

قال في التوضيح: حكى ابن الهندي قولا بوجوب اليمين في النكاح كما يجب في غيره؛ لأن النكاح أشبه بالبيوع، واستقرأ أيضا بما لابن القاسم في الموازية، وما في الواضحة، وأصله لابن عبد السلام.

وما ثبوتُه بعدلٍ ويمينْ		فالادعا به يُوجِّه اليمينْ

يعني أن الشيء الذي يثبت بعدل ويمين، فإن اليمين تتوجه في الدعوى به على المدعى عليه بمجرد الدعوى.

إن كانتِ الدعوى بها صحيحهْ		قد أكملتْ شروطَها الصريحه

يعني أي إن كانت الدعوى بذلك الشيء صحيحة بأن كانت طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما، وقد أكملت الشروط الخمسة الصريحة أي المصرح بها في تعريف الدعوى.

الحكمُ والثبوتُ قيل اتحدا		وقيل شيئانِ وذا قد سُدِّدَا

يعني أن الحكم والثبوت قيل أنهما متحدان، فالثبوت هو الحكم، وقيل إنهما شيئان متعددان وسدد هذا القول أي صوبه القرافي ورجحه، وأصله للمازري.

وقال ابن عبد السلام: لا يكون قول القاضي "ثبت عندي كذا" حكما منه بمقتضى ما يثبت عنده، فإن ذلك أعم منه.

وقال القرافي: من قال إن الثبوت هو الحكم لم يتحقق له معنى.

بينهما العمومُ والخصوصُ منْ وجهٍ وذا تغايرٌ لدى الفطِنْ

يعني أن الحكم والثبوت بينهما العموم والخصوص من وجه، فالحكم أعم من الثبوت من وجه؛ لأنه خاص بالمعاملات، والثبوت أعم من الحكم من وجه؛ لأنه يوجد في المواضع التي لا يدخلها الحكم إجماعا كالعبادات.. يثبت هلال شوال وهلال رمضان.. ويثبت طهارة المياه ونجاستها، ولا يكون شيء من ذلك حكما، وأخص منه من وجه؛ لأنه لا يدخل في الاجتهاد بخلاف الحكم.

قال القرافي في الفرق الخامس والعشرين والمائتين بين قاعدة الحكم وقاعدة الثبوت: اختلف فيهما هل هما بمعنى واحد والثبوت غير الحكم، والعجب أن الثبوت يوجد في العبادات من المواطن التي لا حكم فيها بالضرورة إجماعا.. فيثبت هلال شوال وهلال رمضان وطهارة المياه ونجاستها، ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع، والتحليل بسبب العقد، ومع ذلك لا يكون شيء من ذلك حكما، وإذا وجد الثبوت بدون الحكم كان أعم من الحكم، والأعم من الشيء غيره بالضرورة .. ثم قال: وعلى هذا التقدير يوجد الحكم بدون الثبوت أيضا كالحكم بالاجتهاد، فيكون كل منهما أعم من وجه وأخص من وجه وهذا تغاير ظاهر عند الفطن.

فبنهوضِ الحجّة الثبوتُ قدْ فسّره مَن للتغايرِ اعتقدْ

يعني أن من اعتقد التغاير بين الحكم والثبوت -وهو المازري والقرافي وابن عبد السلام- فسر الثبوت بنهوض الحجة كالبينة وغيرها.. السالمة من المطاعن، فمتى وجد شيء من ذلك.. يقال في عرف الاستعمال "ثبت عند القاضي ذلك".

والحكمُ إنشاءٌ لما كلامِ قُررَ في النفس على الإلزامِ

يعني أن من اعتقد التغاير بين الحكم والثبوت فسر الحكم بأنه إنشاء كلام مقرر في النفس على سبيل الإلزام.

قال القرافي في الفرق المذكور بعد كلامه السابق ما نصه: ثم الذي يفهم من الثبوت أنه نهوض الحجة كالبينة وغيرها السالمة من المطاعن.. فمتى وجد شيء من ذلك يقال له في عرف الاستعمال ثبت عند القاضي ذلك: وعلى هذا التقدير يوجد الحكم أيضا بدون الثبوت كالحكم بالاجتهاد، فيكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، ثم ثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الإنشائي الذي هو الحكم فيكونان غيرين بالضرورة، ويكون الثبوت بنهوض الحجة والحكم إنشاء كلام في النفس هو إلزام، والحكم يترتب على هذا الثبوت، وهذا فرق آخر من جهة أن الثبوت يجب تقديمه على الحكم، ومن قال إن الثبوت هو الحكم لم يتحقق له معنى ما هو.

ومـا لـه مِـن أثـرٍ بموقِـعِ الاِجمـاعِ بـل ذاك بتنفيـذٍ وُعـي

يعني أن الحكم لا أثر له بموقع الإجماع، بل ذاك أي الحكم بموقع الإجماع بتنفيذ وعي أي يسمى تنفيذ لا إنشاء.

وإنمـا الـذي لـه بـه الأثـرْ مواقـعُ الخلـفِ القـويِّ بـالنظرْ
لأجـلِ مـصلحةِ دُنيَـا عَرضـتْ وهْو من الفتـوى أخـصُّ مـا بـدتْ

يعني أن الحكم أي حكم الحاكم لا يؤثر إلا في مواقع الخلاف القوي أي الذي تتقارب فيه المدارك.. الكائن بالنظر أي الاجتهاد لأجل مصلحة دنيوية عرضت.

قال القرافي في الفرق الرابع والعشرين والمائتين بين قاعدة الفتوى وقاعدة الحكم ما نصه: حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأه في مسألة اجتهادية.. تتقارب فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية، فاشتراط قيد الإنشاء.. احتراز من حكمه في مواقع الإجماع، فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض، وفي مواقع الخلاف ينشأ حكما وهو إلزام أحد القولين الذين قيل بهما في المسألة، ويكون إنشاؤه إخبارا خاصا عن الله تعلى في تلك الصورة في ذلك الباب، وجعل الله تعلى

إنشاءه في مواطن الخلاف قضاء ورد من قِبله في خصوص تلك الصورة، كما لو قضى في امرأة على طلاقها قبل الملك بوقوع الطلاق فتناول هذه الصورة الدليل الدال على لزوم الطلاق عند الشافعي، وحكم الحاكم بلزوم الطلاق نص خاص يختص بهذه المرأة المعينة، وهو نص من قبل الله تعلى، فإن الله تعلى جعل ذلك للحاكم رفعا للخصومات والمشاجرات، وهذا النص الوارد من هذا الحاكم أخص من ذلك الدليل العام فيقدم عليه؛ لأن القاعدة الأصولية أنه إذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص على العام؛ فلذلك لا يرجع الشافعي يفتي بمقتضى دليله العام الشامل لجملة هذه القاعدة التي هذه الصورة جزئية منها؛ لأنها تناولها نص خاص مخرج لها عن مقتضى ذلك الدليل العام، ويفتي الشافعي في العام فيما عدى هذه الصورة من هذه القاعدة، فهذا هو معنى الإنشاء، وقولي "في مسألة اجتهادية". احترازا من مواقع الإجماع، فإن الحكم هناك ثابت بالإجماع، فتعذر فيه الإنشاء لتعينه وثبوته إجماعا، وقولي "تتقارب مداركها". احترازا من الخلاف الشاذ على المدرك الضعيف، فإنه لا يرفع الخلاف، بل ينقض في نفسه، وقولنا "لأجل مصلحة الدنيا". احترازا من العبادات والفتوى بتحريم السباع ونحوها، وطهارة الأواني، وغير ذلك مما يكون اختلاف المجتهدين فيه لا للدنيا بل للآخرة.

وهو من الفتوى أخص ما بدت.

يعني أن الحكم أخص موقعا من الفتوى، وهي أعم منه وإلى تعليل ذلك أشار بقوله:

إذا بالمعاملة تُشركُ معَهْ   وهْي بغيره تخصُّ فاسمعَه

يعني أن الفتوى تشترك مع الحكم في المعاملة فيقعان فيها، والفتوى تختص -دون الحكم- بغير المعاملة أي بجميع ما سوى المعاملة، فلا يدخل الحكم، وذلك كالعبادة وموانعها وأسبابها وشروطها، وكل ما اختلف فيه للآخرة.

قال القرافي في الفرق الرابع والعشرين والمائتين مانصه: واعلم أن العبادات كلها على الإطلاق، فلا يدخلها الحكم البتة، بل الفتيا فقط، فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهو

فتوى فقط، فليس للحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة ولا باطلة، ولا أن هذا الماء دون القلتين فيكون نجسا، فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله، بل يقال في ذلك فتيا إن كانت مذهب السامع عمل عليها، وإلا فله تركها والعمل بمذهبه.

ويلحق بالعبادات أسبابها فإذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد وأثبته حاكم شافعي، ونادى في المدينة بالصوم، لا يلزم ذلك المالكي؛ لأن ذلك فتوى ليس بحكم، وكذا إذا قال حاكم ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة فيه، أو أنه لا يوجب الزكاة، أو غير ذلك من أسباب الأضاحي والعقيقة والكفارات والنذور ونحوها من العبادات المختلف فيها أو في أسبابها لا يلزم شيء من ذلك من لا يعتقده، بل يتبع مذهبه في نفسه ولا يلزمه قول ذلك القائل لا في العبادات ولا في سببها ولا شرطها ولا مانعها.. ثم قال بعد كلام وبهذا يظهر أن الأحكام الشرعية قسمان: منها: ما يقبل حكم الحاكم مع الفتيا. ومنها: ما لا يقبل إلا الفتيا. ويظهر أن إخبار الحاكم عن نصاب اختلف فيه أنه يوجب الزكاة فتوى، وأما أخذ الزكاة في مواطن الخلاف فحكم وفتوى من حيث أنه تنازع بين الفقراء والأغنياء في المال الذي هو مصلحة دنيوية، ويظهر أن تصرف السعاة في الزكاة أحكام لا تنقضها، وإن كانت الفتوى عندنا على خلافها ويصير حينئذ مذهبنا.

ثم قال بعد كلام: فظهر من هذه المباحث أن الفتوى والحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعلى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يجب على المكلف من حيث الجملة؛ لكن الفتوى إخبار عن الله تعلى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبار ومعناه الإنشاء والإلزام من قبل الله تعلى، وبيان ذلك بالتمثيل أن المفتي مع الله كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجد، واستفاده عنه رشادا أو عبادة أو فعلا أو تقريرا أو تركا، والحكام مع الله تعلى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم وليس بناقل ذلك عن مستنيبه، بل مستنيبه كأنه قال له أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكما، فكلاهما موافق للقاضي ومطيع له وساع في تنفيذ مراده، غير أن أحدهما ينشأ، والآخر ينقل نقلا محضا من غير اجتهاد له في

الإنشاء، وكذلك المفتي والحاكم كلاهما مطيع لله تعلى.. ناقل لحكمه غير أن الحاكم منشئ، والمفتي مخبر محض.

قال المنجور: في شرح المنهج: واعترض أبو القاسم ابن الشاط كثيرا من كلامه في هذا الفرق، وقال: لا أشد فسادا منه، فقال في قوله: -لا يلزم ذلك المالكي؛ لأن ذلك ليس بحكم.- فيما قاله نظر؛ إذ لقائل أن يقول هو حكم يلزم جميع أهل ذلك البلد. وقال في قوله: -وكذلك إذا قال حاكم ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة -إلى قوله- لا في عبادة ولا في سببها ولا شرطها ولا مانعها.- لقائل أن يقول إنه يلزم غير ذلك الحاكم مما يخالف مذهبه ما يبنى على ذلك الثبوت كما إذا ثبت عنده أن الدين لا يسقط الزكاة، وأراد أخذها ممن يخالف مذهبه.. أنه لا يسوغ له الامتناع من دفعها له، وكذلك ما أشبه ذلك. وقال على قوله: -وقد قاله بعض الفقهاء وليس بصحيح- بل هو صحيح كما قال ذلك الفقيه؛ لأنه حكم حاكم اتصل بأمر مختلف فيه، فتعين الوقوف عند حكمه. وقال على قوله: -فاشتراط قيد الانشاء احترازا من حكمه في مواقع الإجماع فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض.- ليس ما قاله من أنه إخبار بصحيح، بل هو تنفيذ محض، وهو الحكم بعينه؛ إذ لا معنى للحكم إلا التنفيذ، ومما يوضح ذلك أنه لو أن حاكما ثبت عنده بوجه الثبت أن لزيد عند عمرو مائة دينار فأمره أن يعطيه إياها.. أن ذلك الأمر لا يصح بوجه أن يكون إخبارا، وهذا الموضع وما أشبهه من مواضع الإجماع، فلا يصح قوله إن مواقع الإجماع لا يدخلها الحكم، بل لا إخبار بوجه أصلا. وقال على قوله: -في مواقع الخلاف ينشئ حكما وهو إلزام أحد القولين اللذين قيل بهما في المسألة- إلزام أحد القولين هو تنفيذ الحكم وإمضاؤه بعينه. وقال على قوله: -ويكون إنشاؤه إخبارا عن الله تعلى في تلك الصورة في ذلك الباب.- وكيف يكون إنشاء ويكون مع ذلك خبرا، وقد تقدم له الفرق بين الإنشاء والخبر.. هذا مما لا يصح بوجه. وقال على قوله: -وجعل الله إنشاءه في مواطن الخلاف نصا ورد من قبله في خصوص تلك الصورة - إلى قوله- فهذا هو معنى الإنشاء.- لا كلام أشد فسادا من كلامه هذا، وكيف يكون إنشاء

الحاكم الحكم في مواقع الخلاف نصا خاصا من قبل الله تعلى وقد قال النبي ﷺ «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»؟، وكيف يصح الخطأ فيما فيه النص من قبل الله تعلى، هذا كلام بين الخطأ لا شك فيه، وما تخيل هو أو غيره لا يصح، ولا حاجة إليه وإنما تعين في القضية المعينة أحد القولين أو الأقوال إذا اتصل به حكم حاكم لما في ذلك من المصلحة في نفوذ الحكم وثباته؛ ولما فيه من المفسدة لو لم ينفذ لا لما قاله من أنه إنشاء من الحاكم موضوع كنص خاص ورد من قبل الله تعلى والله أعلم.

وقال على قوله: -إن الحكم هناك ثابت بالإجماع فتعذر فيه الإنشاء لتعينه وثبوته إجماعا- هذا الكلام ساقط أيضا، فكما أن الحكم في مواقع الإجماع ثابت بالإجماع، فالحكم في مواقع الخلاف ثابت بالخلاف، فعلى القول بالتصويب كلاهما حق.. وحكم الله تعلى، وعلى القول بعدم التصويب أحدهما حق وحكم الله تعلى، ولكن ثبت العذر للمكلف في ذلك.

تنبيه: قال في المدونة: لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلا للفتيا.

قال سحنون: الناس هنا العلماء. قال ابن هرمز: ويروى يرى نفسه أهلا لذلك.

ابن عرفة: وذلك أن يعلم من نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد، وذلك علمه بالقرآن.. ناسخه ومنسوخه.. ومفصله ومجمله.. وعامه وخاصه.. وبالسنة مميزا بين صحيحها وسقيمها.. عالما بأقوال العلماء، وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه، عالما بوجوه القياس، ووضع الأدلة مواضعها، وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام.

وقال القرافي ما حاصله: من حفظ روايات المذهب، وعلم مطلقها ومقيدها، وعامها وخاصها.. فله أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظا له منها لا يجوز تخريجه على محفوظه منها؛ إلا إن حصّل علوم أصول الفقه، وكتاب القياس وأقسامه، وترجيحاتها وشرائطه وموانعه، وإلا حرم عليه التخريج.. قال: وكثير من الناس يَقدُمون على التخريج دون هذه

الشرائط.. بل صار يفتى من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات ومنقول إمامه.. وذلك لعب وفسوق.

قلت: شاهدنا في بلدتنا هذه من يفتي ويقضي، وليس له منقول ولا معقول، وإنما يفتي ويقضي بما هو السياسة والسداد في زعمه، وأحسن قضاياه ما كان مستندا فيه على نوازل المتأخرين التي لا يعرف لها أصلا يعتمد عليه، ويحسب أنه في ذلك مصيب وأنه مأجور.

والذي تقتضيه نصوص الشريعة وظواهرها: أنه إذا سلم من الكفر فقد ربح.. أتم ربح؛ لأنه يحكم بغير ما أنزل الله ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ ونسأل الله السلامة في الدين والدنيا والآخرة.

وقال المازري: من يفتي في هذه الزمان أقل أحواله أن يكون مطلعا على روايات المذهب، وتأويل الأشياخ لها، وتشبيههم مسائل بمسائل يسبق الفهم تباعدها.. إلى غير ذلك مما بسطه الأشياخ، فهذا لعدم المجتهد يقتصر على نقله. قاله المنجور.

وكلُّ مَن بحقه قد ظَفَرا — وكان آمناً عليه الضررا
ولم يخفْ فسادَ عِرضِه وقدْ — على ثبوتِ حقِّه الوفْقُ ورد
فذا له الأخذُ بحقِّه بِلا — رفعٍ لحاكمٍ لدى مَن عقَلا

يعني أن من ظفر بحقه.. وتمكن من أخذه بعد ما كان مغصوبا منه أو مسروقا أو مخونا فيه، فله أن يأخذه بلا رفع لحاكم؛ بشرط أن يكون آمنا من ضرر يحصل بسبب أخذه كفتنة، وأن لا يخاف فساد عرضه بأن ينسب في الأخذ إلى السرقة أو الخيانة، وكان حقه مجمعا على ثبوته، لا مختلفا فيه، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يجز له أن يأخذه إلا بالرفع للحاكم.

قل القرافي في الفرق الثالث والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما يحتاج للدعوى وبين قاعدة ما لا يحتاج إليها: وتلخيص الفرق أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر، ولا فساد عرضه، أو عضو.. فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم، فمتى وَجد المغصوبُ منه عينَ سلعته التي اشتراها، أو ورثها، ولا يخاف من أخذها ضررا.. فله أخذها.

وما يحتاج للحاكم خمسة أنواع: النوع الأول: المختلف فيه هل هو ثابت؟، أم لا؟، فلا بد من الرفع فيه للحاكم في بعض مسائله كاستحقاق الغرماء لرد عتق المديان وتبرعاته قبل الحجر عليه، فإن الشافعي لا يثبت لهم حقا في ذلك، ومالك يثبته، فيحتاج إلى قضاء الحاكم.

النوع الثاني: ما يحتاج للاجتهاد والتحرير، فإنه يفتقر فيه للحاكم كتقويم الرقيق في إعتاق البعض على البعض، وتقدير النفقات للزوجات والأقارب، والطلاق على المولي بعدم الفيئة، والمعسر بالنفقة؛ لأنه مختلف فيه، فمنعه الحنفية.

النوع الثالث: ما يؤدي أخذه للفتنة كالقصاص في النفس والأعضاء.. يرفع ذلك للأئمة؛ لئلا يقع بسبب تناوله تمانع وتقاتل، وفتنة أعظم من الأولى.

النوع الرابع: ما يؤدي إلى فساد العرض، وسوء العاقبة.. كمن ظفر بالعين المغصوبة منه؛ لكن يخاف بأخذها أن ينسب إلى السرقة، فلا يأخذها بنفسه، بل يرفعها للحاكم دفعا لهذه المفسدة.

النوع الخامس: ما يؤدي إلى خيانة الأمانة إذا أُودع عندك مَن لك عنده حق عجزت عن أخذه منه؛ لعدم اعترافه، وعدم البينة.. فهل لك جحد وديعته إذا كانت قدر حقك من جنسه، أو من غير جنسه؟.. منعه مالك لقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك». وأجازه الشافعي؛ لقول رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت أنه بخيل لا يعطيها وولدها ما يكفيهم.. فقال لها ﷺ: «خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف».

ومنشأ الخلاف هل هذا القول منه ﷺ فتيا.. فيصح ما قاله الشافعي؟، أو قضاء فيصح ما قاله مالك؟.

ومنهم من فصل بين ظَفرك بجنس حقك.. فلك أخذه، وغير جنسه، فليس لك أخذه.

والأصلُ في مستندِ الشهادهْ عِلمٌ ضروريٌّ به الإفادهْ

يعني أن الأصل في مستند الشهادة أن يكون علما ضروريا؛ لقوله تعلى: ﴿وما شهدنا إلى بما علمنا﴾ وقوله: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقوله ﷺ لمن سأله عن الشهادة فأراه الشمس.. وقال له: «على مثلها فاشهد».

مَدرَكُه عقلٌ وحِسٌ ونَظرْ والنقلُ إنْ تواترٌ له استقَرْ

يعني أن العلم يدرك بأحد أربعة أشياء: الأول: العقل بانفراده، فإنه يدرك به بعض العلوم الضرورية مثل أن اثنين أكثر من واحد، ويعلم به الإنسان حالة نفسه من صحة وسقم، وإيمان وكفر، وتصح لذلك شهادته على نفسه.

الثاني: العقل مع أحد الحواس الخمس، فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام وجميع الأصوات، ولذا تجوز شهادة الأعمى على الأقوال إذا كان المشهود عليه قد لازمه كثيرا حتى عرف كلامه بالقطع، ويدرك بالعقل مع حاسة البصر جميع المبصرات؛ ولذا تجوز شهادة الأصم على الأفعال، وتجوز الشهادة على الخط، ويدرك مع حاسة الشم جميع الروائح، فيعرف بها المسكر فيراق ويحدّ شاربه بالشهادة على الرائحة، ويدرك به مع حاسة الذوق جميع المطعوم؛ ولذا تجوز الشهادة في اختلاف المتبايعين في الزيت والعسل على حلاوته أو مرارته أو تغيره، وغير ذلك مما يدرك بالذوق من أوصافه، ويدرك به مع حاسة اللمس جميع الملموسات على اختلاف أنواعها، ولذا تجوز شهادة أهل المعرفة في اختلاف المتبايعين في صفة المبيع في اللين والخشونة ونحوهما.

الثالث: النظر والاستدلال، فالشهادة بما علم من جهة النظر والاستدلال جائزة.. كما تجوز بما علم من جهة الضرورة، وذلك مثل ما روي أن أبا هريرة شهد أن رجلا قاء خمرا. فقال له عمر: أتشهد أنه شربها، فقال له أبو هريرة: أشهد أنه قاءها. فقال له عمر: ما هذا التعمق.. فلا وربك ما قاءها حتى شربها.

ومن ذلك شهادة أهل المعرفة بقدم العيب أو حدوثه.

الرابع: النقل المتواتر، فإنه يحصل به العلم اليقيني بالبلدان النائية، والقرون الماضية.. كظهور النبي ﷺ ودعائه إلى الإسلام، وكالشهادة بأن مكة موجودة، وأن عبد الرحمن: ابن القاسم، ونافعا: مولى ابن عمر، وأن عبد الله: ابن عباس، وهذا النوع من النقل من شهادة القطع، لا من شهادة السماع.

قال ابن الحاجب: وأما السماع المفيد للعلم، فقال ابن القاسم: هو مرتفع عن شهادة السماع.. مثل أن نافعا: مولى ابن عمر، وعبد الرحمن: ابن القاسم، وإن لم يعلم ذلك أصلا، قيل له أيشهد أنك ابن القاسم من لا يعرف أنك ابنه.. إلا بالسماع؟. قال: نعم ويقطع بها ويثبت النسب، فظاهر كلام ابن القاسم: أن هذين المثالين من المتواتر، وقد نص على أنهما من المتواتر المفيد للقطع غير واحد من العلماء.

قال ابن عبد السلام: ومنهم من قصر شهادة السماع على هذا النوع، ومنع ما عداهما، ولم يجعل ابن راشد القفصي: هذين المثالين من المتواتر، بل جعلهما من الاستفاضة، وبعدها التواتر، فقسم شهادة السماع إلى ثلاثة أقسام: تواتر، واستفاضة، وظن. فالتواتر: كالسماع بأن مكة شرفها الله موجودة، والاستفاضة: كالمثالين، والظن: كشهادة السماع المصطلح عليها، وهي الشهادة بالسماع الفاشي عن الثقات وغيرهم. وإليهاأشرنا بقولنا:

وربما بالظنِّ والسمعِ اكتُفي وذاكَ في الرُّشدِ وتعديلٍ قُفي

يعني أن الشهادة قد يكتفى فيها بالظن والسماع الفاشي عن الثقات وغيرهم، وذاك أي الاكتفاء بالسماع الفاشي قفي -أي اتبع- في الشهادة بالترشيد أي ترشيد الأب أو الوصي لمحجوره، والتعديل أي عدالة الشاهد؛ بأن يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع من الثقات وغيرهم: أن فلانا رشد محجوره، أو أن فلانا عدل.

والعزلِ والإيمانِ والنكاحِ وضدِّ ذي الخمسةِ باتضاحِ

يعني أن عزل القاضي، وإيمان الكافر، والنكاح.. كل واحد من هذه الثلاثة يثبت بشهادة السماع الفاشي؛ بأن يقول الشاهد لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن القاضي الفلاني عزل، أو أن فلانا الكافر آمن، أو أن فلانا تزوج فلانة.

ويشترط في إعمال شهادة السماع في النكاح أن تكون المرأة تحت حجاب الزوج.. فتحتاج إلى إثبات الزوجية فتثبت بها، أو يموت أحدهما.. فيطلب الحي الميراث.. فتثبت الزوجية

بالسماع، وله الارث، فلو لم تكن المرأة في حوزه فأقام بينة سماع أنها زوجته، فلا يستوجب البناء بها بذلك؛ لأنها إنما تنفع مع الحيازة. انتهى من المنجور.

قوله: وضد ذي الخمسة.. يعني أن أضداد هذه المذكورات الخمسة مما يثبت بالسماع الفاشي، وهو: السفه، والجرح أي تجريح الشاهد، وتولية القاضي، وكفر المسلم، والطلاق. ومنع سحنون ثبوت العدالة والجرح بالسماع الفاشي.

قال القرافي: قال علماؤنا: وذلك إذا لم يدرك الشاهد زمان المجروح والمعدل، فإن أدركه.. فلا بد من العلم.

وضررُ الزوْجِ كذا العطيّهْ وولادةٌ والحملُ والمنيهْ

وضرر الزوج.. يعني أن ضرر الزوج بزوجته مما يثبت بشهادة السماع الفاشي؛ بأن يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا يضر بزوجته بالضرب، أو الشتم، أو غير ذلك.

كذا العطية.. يعني أن العطية صدقة كانت، أو هبة.. مما يثبت بشهادة السماع؛ بأن يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا وهب فلانا، أو تصدق عليه بكذا.

ولادة.. يعني أن الولادة -أي ولادة المولود- مما يثبت بالسماع الفاشي عن الثقات وغيرهم.

والحمل.. يعني أن حمل المرأة مما يثبت بالسماع الفاشي عن الثقات وغيرهم.

والمنية.. يعني أن المنية أي الموت مما يثبت بشهادة السماع الفاشي.. بشرط تنائي البلدان وطول الزمان، وأما ما قرب من البلدان.. فلا تقبل فيه إلا شهادة البت. قاله الباجي. انتهى من المنجور.

خلعٍ رضاعٍ نسبٍ وإعتاقْ واليسرِ معْ تصرُّفٍ وإنفاقْ

خلع.. يعني أن الخلع مما يثبت بشهادة السماع؛ بأن يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا خالع زوجته.

رضاع.. يعني أن رضاع الصبي لبن فلان وفلانة.

والنسب أي كون فلان بن فلان.

والتصرف أي تصرف فلان في مال بني فلان.

والإنفاق أي انفاقه عليهم من مالهم.. كل واحد من هذه المذكورات: يثبت بشهادة السماع.

وقيل إن التصرف هو عين الإيصاء..

قال المنجور: ظاهر كلام المؤلف: أن التصرف مغاير للإنفاق والنيابة، وأن كلا منهما مقصود بالذات، ففي الكافي جائز أن يشهد أنه لم يزل يسمع أن فلانا كان في ولاية فلان.. يتولى النظر له والإنفاق عليه بايصاء أبيه به إليه، أو تقديم قاض عليه، وإن لم يشهده أبوه، ولا القاضي بالتقديم، ولكنه علم ذلك بالاستفاضة من العدول وغيرهم.

قال المنجور: وإذا تأملت نص الكافي: ظهر لك أن مقصود الشهادة في التصرف والإنفاق بالذات إنما هو تصحيح تقديم الحاكم، أو إيصاء الأب.. وأن التصرف والإنفاق دليلان عليهما.

وقال في العتق ما نصه: قال المازري: اختلف الناس في العتق.. فمنهم من لم يثبته بها، ومنهم من أثبته بها، وهو الحق.

ابن عرفة: الأكثر لم ينص عليه، وذلك عندي لاكتفائهم بذكر الولاء عنه.

واللوثُ والقِسمةُ والقسامهْ		كذاكَ تفليسُ أخي الغَرامَه

يعني أن اللوث، وقسمة المال، والقسامة في القتل.. كل واحد من هذه الثلاثة يثبت بشهادة السماع.

قال المنجور: ظاهر كلام المؤلف أن اللوث مغاير للقسامة، وليس كذلك، بل من عبر بالقسامة.. فمراده اللوث، وعبر عنه بالقسامة؛ لأنها مسببة عنه؛ ولهذا يعبر بعضهم بالقسامة، وبعضهم باللوث، ولا يجمعون بينهما.

اللخمي: ومما تثبت به القسامة: السماع المستفيض مثل ما إذا عدا رجل على رجل في سوق الأحد، فقطع عليه كل من حضر بالشهادة.. قال فرأى من أرضى من أهل العلم أن هذا إذا كثر هكذا.. وتظاهر أنه بمنْزلة اللوث. انتهى من المنجور.

كذاك تفليس أخي الغرامة يعني أن تفليس صاحب الغرامة أي تفليس الغريم أي كونه عديما مما يثبت بشهادة السماع الفاشي؛ بأن يشهد الشاهدان بأنا لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا عديم لا مال له.

والأَسْرُ والإباقُ والحِرابَهْ والجُرحُ والإقرارُ والنيابهْ

يعني أن الأسر أي أسر المسلم عند الكفار، وإباق العبد، والحرابة، والجرح بالضم، والإقرار، والنيابة أي الوكالة.. كل واحد من هذه الستة يثبت بشهادة السماع الفاشي.

والوقْفُ والتنفيذُ والإيصاءُ والإرثُ والشراءُ والولاءُ

يعني أن الوقف أي الحبس، وتنفيذ الوصية، والايصاء بالنظر، والإرث، والشراء القديم، والولاء أي ولاء المعتق بالفتح.. كل من هذه الستة يثبت بشهادة السماع الفاشي.

قال المنجور: في مسألة ضرر الزوجين ما نصه: وهذه المسألة من الثماني عشرة التي تجوز بشهادة السماع فيها.. وسنها: الأحباس المتقدمة، والأشربة المتقدمة، والنكاح، والأنساب، والولاء، والميراث، والموت، وولاية القاضي، وعزله، والعدالة، والتحريج، والإسلام، والكفر بالله، والولادة، والرضاع، والترشيد، والتسفيه، وفي بعض هذه نزاع، وأما الجرح والإقرار فذكرهما الشيخ أبو عبد الله ابن مرزوق، وأما تنفيذ الإيصاء.. ففي مفيد الحكام لابن هشام: أفتى ابن زرب في وصي قامت له بينة على تنفيذ وصية أسندت إليه بالسماع من أهل العدل وغيرهم من الثقات أنها جائزة.

والمفهوم من الوصية في كلام المؤلف -يعني صاحب المنهج- أنها الوصية بالمال.. قال شيخ شيوخنا الإمام أبو عبد الله بن غازي: ولم أر من صرح بالوصايا بالمال، وإنما ذكر ابن العربي والقرافي والغرناطي لفظ الوصية غير مفسر، فالظاهر أنهم قصدوا ما في الكافي من

الإيصاء بالنظر، وبذلك فسر صاحب التوضيح الوصية في لفظ ابن العربي في تذييل النظم الذي أوله:

أيا سائلي عما يُنفَذُ حكمُه ويثبتُ سمعاً دون علمٍ بأصلِه.

ثم قال: وظاهر كلام صاحب القبس أنه لا يشترط التقادم إلا في الملك والعدالة والجرحة والبيع.. وليس كذلك، وظاهر مختصر ابن الحاجب وخليل اشتراطه في مطلق شهادة السماع، فحمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب على ظاهر إطلاقه، وقال ابن هارون: وليس على إطلاقه إنما هي في الملك والوقف والصدقة والأشرية القديمة والنكاح والولاء والنسب والحيازة.. جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان، وأما في الموت فيشترط فيه تناءي البلدان، أو تقادم الزمان.

ابن عرفة: مقتضى الروايات والأقوال: أن شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت.. يشترط فيها كون المشهود بحيث لا يدرك بالقطع والبت عادة، وإن مكن عادة البت لم تجز شهادة السماع، وهو مقتضى قول الباجي.

والأصلُ في اللفظِ لدى الأداءِ مضارعٌ يُنبِئُ بالإنشاءِ

يعني أن الأصل في لفظ الشهادة لدى الأداء لها أن يكون مضارعا؛ لأن المضارع هو الذي ينبئ بالإنشاء. فلا تصح الشهادة بالماضي ولا اسم الفاعل؛ لأنهما لا يدلان على الإنشاء في أداء الشهادة.

وفي العقودِ والطلاقِ والعِتاقْ بوصْفِ فاعلٍ ماضٍ ويَختصُّ العتاقُ والطلاقْ

يعني أن الأصل في اللفظ في جميع العقود والطلاق والعتاق أي اللفظ الذي تنعقد وتلزم به العقود، ويلزم به العتق والطلاق.. أن يكون ماضيا كبعت وأعتقت وطلقت، ويختص العتاق والطلاق بوصف الفاعل أي اسم الفاعل فيلزمان به.. كأنت معتقة، وأنت طالق، ولا تلزم به العقود، فلا تلزم بقولك أنا بائع.

وذا قد أُصِّلا ما لم يكنْ عُرفٌ وإلا أُعمِلا

يعني أن ما ذكرنا من كون المضارع هو الأصل في أداء الشهادة، والماضي هو الأصل في صيغ العقود والطلاق والعتاق، واختصاص الطلاق والعتاق باسم الفاعل.. قد أُصّل أي جعل أصلا، ما لم يكن العرف بخلافه، وإلا أعمل العرف أي عمل عليه ونبذ الأصل؛ لأن المدار مدار ألفاظ الشهادة والعقود والفسوخ على العرف فهو محكّم فيها باتفاق.

قال القرافي -في الفرق السابع والعشرين والمائتين بين قاعدة اللفظ الذي يصح به أداء الشهادة وبين قاعدة ما لا يصح أداؤها به-: اعلم أن أداء الشهادة لا يصح بالخبر البتة، فلو قال الشاهد للحاكم أنا أخبرك أيها القاضي بأن لزيد عند عمرو دينارا عن يقين مني.. لم تكن هذه شهادة، بل هذا وعد من الشاهد للقاضي أنه سيخبره بذلك، فلا يجوز اعتماده عليه، ولو قال له قد أخبرتك أيها القاضي بذلك كان كذبا؛ لأن مقتضاه تقدم الإخبار منه، ولم يقع، والاعتماد على الكذب لا يجوز، فالمستقبل وعد، والماضي كذب، وكذلك اسم الفاعل المقتضي للحال كقوله أنا مخبرك أيها القاضي بكذا، فإنه إخبار عن اتصافه بالإخبار للقاضي، وذلك لم يقع في الحال، فظهر أن الخبر كيف تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه، وإذا قال الحاكم للشاهد: بأي شيء تشهد؟. فقال: حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا، أو أشهدني على نفسه بكذا، أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غيره من العقود، لا يكون هذا أداء شهادة، ولا يجوز للحاكم الاعتماد عليه؛ بسبب أن هذا مخبر عن أمر تقدم فيحتمل أن يكون قد اطلع بعد ذلك على ما منع من الشهادة به من فسخ أو أقاله أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الأداء، فلا يجوز لأجل هذه الاحتمالات الاعتماد على شيء من ذلك إذا صدر من الشاهد، فاذا قال الشاهد أشهد عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاء، ولو قال شهدت لم يكن إنشاء عكسه في البيع، فلو قال أبيعك لم يكن إنشاء البيع، بل إخبار لا ينعقد به بيع، بل وعد بالبيع في المستقبل، ولو قال بعتك كان إنشاء للبيع، فالإنشاء في الشهادة بالمضارع، وفي العقود بالماضي، وفي الطلاق والعتاق بالماضي واسم الفاعل نحو أنت طالق وأنت حر، ولم يقع الإنشاء في البيع والشهادة باسم الفاعل، فلو قال أنا شاهد عندك بكذا، أو أنا

بائعك بكذا.. لم يكن إنشاء، وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء، وما لا فلا، فإن اتفق أن العوائد تغيرت، وصار الماضي موضوعا لإنشاء الشهادة، والمضارع لإنشاء العقود.. جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعا للإنشاء، فتلخص: أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشئ من العوائد وتابع لها، وأنه ينقلب وينتسخ بتغيرها.

وقال المقري: قاعدة: الأصل في صيغ العقود ونحوها الإخبار، ثم غلب الإنشاء، وقالت الحنفية هي على أصلها، وقدر الشرع ثمرة متعلقهما بعد النطق بها قبله بالزمن الفرد ليصدق المتكلم ويثبت الحكم.

وقال المنجور: ما ذكره القرافي من أن صيغ العقود إنشاء هو الصحيح، وقالت الحنفية هي إخبار عن أصل الوضع.

قال القرافي -بعد أن ذكر ما اتفق على أنه إنشاء-: وأما المختلف فيه هل هو إنشاء أو خبر؟، فهي صيغ العقود، نحو بعت واشتريت وأنت حر وامرأتي طالق.. ونحو ذلك، قالت الحنفية: إنها إخبارات على أصلها اللغوي، وقال غيرهم إنها إنشاءات منقولة عن الخبر.. احتجّ هؤلاء بأمور:

أحدها: أنها لو كانت إخبارات لكانت كاذبة؛ لأنه لم يبع قبل ذلك الوقت ولم يطلّق، والكذب لا عبرة به.

وثانيها: أنها لو كانت إخبارا لكانت إما كاذبة ولا عبرة بها، أو صادقة.. فتكون متوقفة على تقدم أحكامها، وحينئذ إما أن تتوقف عليها الأحكام أيضا، فيلزم الدور، أو يطلق امرأته ويعتق عبده وهو ساكت، وذلك خلاف الاجماع.

ثم استمر في الكلام إلى أن قال: وسادسها: أن الإنشاء هو المتبادر في العرف إلى الفهم، فوجب أن يكون منقولا إليه كسائر المنقولات والجواب قالت الحنفية: أما الأول فإنما يلزم أن يكون كذبا لو لم يقدرها فيها صاحب الشرع تقدم مدلولاتها قبل النطق بالزمن الفرد

لضرورة تصديق المتلكم والاضمار أو من النقل لما تقرر في علم الأصول؛ ولأن جواز الأصل في الكلام مجمع عليه، والنقل مختلف فيه، والمجمع عليه أولى، ومتى كان المدلول مقدرا قبل الخبر كان الخبر صادقا، فلا يلزم الكذب ولا النقل للإنشاء، وبقيت إخبارات على موضوعاتها اللغوية، وعملنا بالأصل في عدم النقل، وأنتم خالفتموهم، ثم قال بعد أن ذكر لجواب عن الأمور الخمسة، وأما الوجه السادس فلا يتأتى الجواب عنه إلا بالمكابرة، فإن المبادرة للإنشاء والعدول عن الخبر مدرك لنا بالعقول بالضرورة، ولا نجد في أنفسنا أن القائل لامرأته أنت طالق أنه يحسب تصديقه بما ذكروه من التقدير، وأما الأجوبة المتقدمة فمتجهة صحيحة، والسادس هو العملة المحققة. والله أعلم، انتهى كلام القرافي.

ثم قال المنجور: قال المقري: قاعدة: قال في صيغ العقود ونحوها: الإخبار.. ثم غلب الإنشاء.. إلى أن قال: فإن قال أنت طالق، فإن قلنا بغلبة الإنشاء بما نوى، وإلا فواحدة، وإن قلنا بالبقاء على الخبر فهو نعت فرد للمرأة فواحدة أبدا؛ لأنه لا يحتمل العدد، ولا شك أنها في اللغة إخبار وفي الشرع تستعمل إخبارا، وإنما النِّزاع فيما إذا قصد به حدوث الحكم، والصحيح أنها إنشاء. واحتج ابن الحاجب بصدق حد الإنشاء عليها، وهو أنها لا تدل على الحكم بنسبة خارجية، فإن بعت لا يدل على بيع آخر غير الذي يقع به، وأيضا فلا يوجد فيهما خاصية الإخبار.. وهي احتمال الصدق والكذب؛ إذ لو حكم عليه بأحدهما كان خطأ قطعا، وأيضا لو كان خبرا لكان ماضيا للاتفاق على أنه لم يرد عليه ما يغيره إلى غير الإنشاء، وعلى أنه ليس خبرا في معنى الحال؛ ولأنه لو كان مستقبلا لم يقع كما صرح به، وأما انتفاء اللازم فلأنه لو كان ماضيا لم يقبل التعليق؛ لأنه توقيف أمر على أمر، وإنما يتصور فيما لم يقع بعد؛ لكنه يقبله إجماعا، وأيضا فإننا نقطع بالفرق بينه خبرا وإنشاء، وأيضا لو قال للرجعية طلقتك.. سئل، فإن أراد الإخبار لم يقع طلاق آخر، وإن أرد الإنشاء وقع، بخلاف البائن فإنه لا يقع عليها، ولو أراد الإنشاء؛ لعدم قبول المحل، فلا يكون للسؤال فائدة.

قلت: وتبعت في النظم صاحب المنهج، وهو تابع للقرافي في كلامه في الفرق السابع والعشرين والمائتين الذي نقلنا أولا.

قال المنجور: وقد تعقب أبو القاسم بن الشاط كثيرا من كلامه، فقال على الترجمة: هذا الفرق ليس بجار على مذهب مالك، فإنه لا يشترط معينات الألفاظ في العقود، ولا في غيرها، وإنما ذلك مذهب الشافعي، وقال على قوله: اعلم أن الشهادة لا تصح بالخبر البتة-: قد تقدم له في أول فرق من الكتاب حكاية عن الإمام المازري أن الرواية والشهادة خبران، ولم ينكر ذلك، ولا رده، بل جرى في مساق كلامه على قبول ذلك وصحته. وقال على قوله -فلو قال الشاهد للقاضي أنا أخبرك -إلى قوله- لم تكن هذه شهادة.-: ذلك لقرينة قوله أنا أخبرك، ولم يقل أشهد عندك. وقال على قوله -بل هذا وعد من الشاهد للقاضي بأنه سيخبره.-: ومن أين يتعين أنه وعدٌ، وأنه إنشاء إخبار، فيكون شهادة؛ إذ الشهادة خبر، ولا سيما إن كان هناك قرينة تقتضي ذلك من حضور مطالب، وشبه ذلك.. فما قاله في ذلك غير صحيح. وقال على قوله -فلو قال قد أخبرتك أيها القاضي بكذا وكذا كان كاذبا -إلى قوله- فالمستقبل وعد، والماضي كذب-: إن كان لم يتقدم منه إخبار فذلك كذب كما قال. وقال على قوله -وكذلك اسم الفاعل المقتضى للحال كقوله أنا مخبرك أيها القاضي بكذا فإنه إخبار عن اتصافه بالخبر للقاضي وذلك لم يقع في الحال، إنما وقع الإخبار عن هذا الخبر-: هذا كلام من لم يفهم مقتضى الكلام، كيف لا يكون من يقول للقاضي أنا مخبرك أن لزيد عند عمرو دينارا.. مخبرا للقاضي بأن لزيد عند عمرو دينارا؟!، بل هو مخبر، وهل العبارة عن إخباره عن الخبر إلا تلك!. وقال على قوله -فظهر أن الخبر كيف تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه-: لم يظهر لما قاله أصل، ولا يصح بوجه ولا حال. وقال على قوله -وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأي شيء تشهد؟ فقال حضرت فلانا -إلى قوله- فالخبر كيف تقلب لا يجوز الاعتماد عليه.-: إذا لم يكن قول الشاهد حضرت عند فلان فسمعته يُقر بكذا، أو أشهدني على نفسه بكذا.. بعد قول القاضي له بأي شيء.. وتشهد

شهادة فلا أدري بأي لفظ تؤدى الشهادة، فهذا كله تخليط وسواس لا يصح منه شيء البتة. وقال على قوله -لا بد من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها-: فيا للعجب! وهل إنشاء الإخبار إلا الإخبار بعينه. وقال على قوله -والإنشاء ليس بخبر -إلى قوله- وقد تقدم الفرق بين البابين.-: من هنا دخل عليه الوهم، وهو أانه أطلق لفظ الإنشاء على جميع الكلام، ومن جملته الخبر، وأطلق لفظ الإنشاء على قسيم الخبر، ثم تخيل أنه أطلقهما بمعنى واحد، فحكم بأن الإنشاء لا يدخله التصديق أو التكذيب، وما قال من أنه لا يدخله ذلك صحيح في الإنشاء الذي هو قسيم الخبر، وغير صحيح في الإنشاء الذي هو إنشاء الخبر.

وقال على قوله -فإذا قال الشاهد أشهد عندك أيها القاضي بكذا.. كان إنشاء.-: وما المانع من أن يكون وعد بأنه يشهد عنده؟، لا أعلم لذلك مانعا إلا التحكم بالفرق بين لفظ الخبر، ولفظ الشهادة وهذا كله تخليط فاحش. وقال على قوله -ولو قال شهدت لم يكن إنشاء -إلى قوله- عكسه في البيع لو قال أبيعك لم يكن إنشاء -إلى قوله- ولو قال أنا شاهد عندك بكذا، وأنا بائعك بكذا لم يكن إنشاء.-: لقد كلف هذا الرجل نفسه شططا، وألزمها ما لا يلزمها.. كيف وهو مالكي؟، والمالكية يجيزون العقد بغير لفظ أصلا.. فضلا عن لفظ معين، وإنما يحتاج إلى ذلك الشافعية.. حيث يشترطون معينات الألفاظ. وقال على قوله -وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي.-: ما قاله في ذلك كله مبني على مذهب الشافعي، وهو مسلم صحيح؛ إلا قوله إن أداء الشهادة بالإنشاء لا بالخبر، فإنه قد تقدم أن الشهادة خبر، وهو الصحيح.

وقد اعترض كلام القرافي هذا أيضا الشيخ أبو اسحاق، وابن فرحون في التبصرة محتجا بكلام شمس الدين ابن قيم الجوزية وغيره فقال: وهذا الذي ذكره القرافي هو مذهب الشافعية، ولم أره لأحد من المالكية، ونقل شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي الدمشقي أن مذهب مالك وأبي حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ "أشهدُ" بل متى قال الشاهد رأيت كذا، أو سمعت، أو نحو ذلك.. كانت شهادة منه، وليس

في كتاب الله تعلى، ولا سنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة، ولا في القياس، ولا في الاستنباط ما يقتضي ذلك، بل الأدلة المتظافرة من الكتاب والسنة، وأقوال الصحابة، وأقوال العرب تنفي ذلك.

لا يَلزمُ الشاهدُ إنْ ما شَهدا   بالأرضِ حدُّها على ما اعتُمِدا

يعني أن الشاهد لا يلزمه حد الأرض إذا شهد بها مجملة على القول المعتمد.

فإن به شَهد غيرُه فقدْ   تمتْ ... ...

يعني أن حد الأرض المشهود بها إذا شهد به غير من شهد بها فقد تمت الشهادة بها.

بحدِّها على الذي قد طُلبا   وإلا فاليمينُ يُعتمد فإن أبى فليحلفنْ مَن طلبا

أي وإلا يشهد بحد الأرض غير من شهد بها مجملة، فإن اليمين يعتمد في إتمام الشهادة يتوجه على المطلوب.. يحلف على حد الأرض، فإن حددها وحلف على حدها.. تمت الشهادة، وإن أبى حلف الطالب على التحديد واستحق ما حلف عليه.

وهكذا في جهْلِ مَن قد شَهدا   لعددِ الذي به قد شُهدا

يعني أن الحكم كما تقدم فيما إذا شهدت بينة بحق، وجهلت عدده، أو نسيته، فإن شهد بالعدد غير من شهد بالحق.. تمت الشهادة، وإلا فليحلف المطلوب على العدد، فإن أبى حلف الطالب واستحق ما حلف عليه.

وردُّ هذهِ الشهادةِ وردْ   عن مالكٍ بنقلِ شيخٍ يُعتمدْ

يعني أن رد هذه الشهادة التي لم تميز عدد المشهود به ورد عن مالك بنقل شيخ يعتمد على نقله، وهو الباجي. كما في المنتقى.

قال القرافي: لو شهدوا بالأرض ولم يحدوها، وشهد آخرون بالحد دون الملك.. قال مالك: تمت الشهادة، وقضى بينهم بحصول المقصود من المجموع، قال ابن حبيب: إن شهدت بغصب الارض ولم يحدوها.. قيل للمدعي حد ما غصب منك واحلف عليه. قال مالك: وإن شهدت بالحق، وقالت لا نعرف عدده قيل للمطلوب أقر بالحق واحلف عليه فيعطيه ولا شيء عليه

غيره، فإن جحد قيل للطالب إن عرفته فاحلف عليه وخذه، فإن قال لا أعرفه، أو أعرفه ولا احلف عليه.. سجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه، فإن لم يحلف أخذ المقر به وحبس حتى يحلف، وإن كان الحق في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا تحبس؛ لأن الحق في شيء بعينه.

قال الباجي في المنتقى: وعن مالك ترد الشهادة بنسيان العدد وجهله؛ لأنه نقص في الشهادة.. قال الباجي: نقصان بعض الشهادة يمنع من أداء ذلك البعض؛ إلا في عقد البيع والنكاح والهبة والحبس والإقرار ونحوه مما لا يلزم الشاهد حفظه، بل مراعاة الشهادة في آخره، وكذلك تسجيلات الحاكم لا يلزم حفظها عند الأداء؛ لأنه يشهد بما علم من تغيير الشهادة.

وقال في المنهج الفائق: الباب الرابع عشر في ذكر العقود التي ليس على الشاهد قراءتها ولا حفظ ما فيها.. اعلم أن الشاهد ليس عليه من قراءة العقود التي فيها المقالات إلا عقود الاسترعاء، وأما ما شهد عليه من عقود الإقرار والمبايعات.. فليس عليه قراءتها، ولا حفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح منها عقود الإشهاد، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد فيه وإن لم يعرف ما في الكتاب ولا عدد المال.

وفي البيان: قال ابن القاسم: يجوز أن تشهد بما في الكتاب، وإن لم تحفظ ما فيه إذا قرئ عليك؛ -لأن حفظه متعذر- إذا كنت من أهل اليقظة بما في الكتاب إذا قرئ عليك، وهذا في الاسترعاء، وأما ما شهد به المتعاملان على أنفسهما، فليس عليك أن تقرأه، ولا يقرأ عليك، ويكفيك أن تذكر أنهما أشهداك على ما في الكتاب، ويستحسن للعالم القراءة؛ لئلا يكون ذلك فيه فساد.

وقد يكونُ قصدُها الإثباتُ وقد روى الجمعَ بها الأثباتُ

يعني أن الشهادة قد يكون القصد بها مجرد الإثبات، فيقتصر الشاهد عليه.. نحو أشهد أنه باع ونحوه، وقد روى الأثبات -أي العلماء- الجمع بين النفي والإثبات وهو الحصر، فلا بد من التصريح بها في العبارة.. كما قال القرافي، كالشهادة بحصر الوارث.. قال مالك في

التهذيب: لا يكفي أنه ابن الميت حتى يقولوا في حصر الوارث لا نعلم له وارثا غيره، وكالشاهدة في استحقاق المعين، فإنه لا يكفي فيها أن يقول الشاهد: أشهد أن هذا الشيء لزيد حتى يقول "ولا نعلمه خرج عن ملكه".

قال مالك في التهذيب –إثر كلامه المتقدم ما نصه–: وكذلك هذه الدار لأبيه وجه أي الشهادة بها حتى يقولوا ولا نعلم خروجها عن ملكه إلى الموت حتى يحكم بالملك في الحال، فإن قالوا هذا وارث من ورثة آخرين أعطى هذا نصيبه، وترك الباقي بيد المدعى عليه حتى يأتي مستحقه؛ لأن الأصل دوام يده، ولأن الغالب قد يقر له به.

قال سحنون –وقد كان يقول غير هذا–: وعن مالك تنْزع من المطلوب لتيقنها لغيره، فإن قالوا لا نعرف عدد الورثة لم يقض لهذا بشيء؛ لعدم تعيينه، ولا ينظر إلى تسمية الورثة، وتبقى الدار بيد صاحب اليد حتى يثبت عنده الورثة؛ لئلا يؤدي إلى نقض القسمة، وتشويش الأحكام.

قال السجلماسي –ظاهر قول القرافي: فلا بد من التصريح بهما أي النفي والاثبات في العبارة–: أن ذلك في الاستحقاق شرط صحة، وهو متفق عليه في الشهادة بالملك للميت كما في صورة القرافي، وظاهر ما في المدونة في الحي، وتأولت فيه على الكمال.

قال المنجور: وظاهر ما في كتاب العارية من المدونة أنه ليس بشرط، قال ابن القاسم: وإن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق.. حلف المدعي على البت كما ذكرنا، ويقضى له.

ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ في هذا الكلام في المدونة هل هو متناقض؟، أم لا؟، وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين قطعوا بالملك مع إطلاقه عليها الزور؟، أو يفصّل فيهم بين أن يكونوا علماء فلا تقبل، أو يكونوا من عوام الناس فتقبل؟، والى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران.

والذي قاله الشيخ أبو ابراهيم وأبو الحسن أن ما في الشهادات من المدونة، وهو قول الشاهد باستحقاق المعين لا نعلمه خرج عن ملكه.. شرط كمال.

أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة. وقال قبل هذا ناقلا عن ابن فرحون ما نصه: مسألة: ومن ذلك الشهادة على عدد الورثة لا بد أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيرهم في سائر البلاد، وكذلك شهادتهم في الشيء المستحق لابد أن يقولوا إنهم لا يعلمون أنه باع ولا وهب ولا تصدق به ولا خرج من يده بوجه من وجوه انتقالات الملك، ولا يشهدون في الاستحقاق ولا في عدد الورثة على البت، فلو قالوا لا وارث له غيرهم أصلا على البت، وقالوا نشهد أن شيئه لم يبعه ولا فوته.. كانت الشهادة زورا. كذا في المدونة.

وقال بعض أصحاب مالك إن الشهادة في ذلك لا تكون إلا على البت. وهو ابن الملجشون.. ثم قال -بعد كلام طويل-: وما ذكره من أنهم لا يشهدون على البت في الاستحقاق، ولا في عدد الورثة، هو المشهور، خلافا لابن الملجشون، ففي شهادة المدونة ما ظاهره أن شهادتهم على البت باطلة، ففيها من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من وجوه الملك، وليس عليه أن يأتي ببينة تشهد على البت أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زورا، وبهذا الظاهر قال ابن القاسم؛ لأنه قال: وإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق.. فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في كتاب العارية أنه ليس بشرط.

فصل في مسائل متفرقة:

الأصلُ منعُ بيعِ أمِّ الولدِ إلا بتفليسٍ ورهنٍ فاقتدِ

يعني أن الأصل في الشريعة تحريم بيع أم الولد من سيدها إلا في ست مسائل يجوز بيعها فيها أشار إليها بقوله: إلا بتفليس الخ، يعني أن أمة المفلس إذا وطئها بعد الإيقاف للبيع وحملت منه أنها تباع عليه في الدين.

قوله: ورهن يعني أن أمة الرهن إذا وطئها الراهن وهو عديم، فإنها تباع عليه في الدين.

قال في التوضيح في قول ابن الحاجب في الرهن ويمنع.. يعني الراهن من الوطء، فإن فعل فحملت فالولد ينسب إليه مطلقا، ثم إن كان غصبا فكالعتق أي فيلزمه تعجيل الدين، أو قيمة الأمة إن كان مليا، وإن كان معسرا بيعت الجارية بعد الوضع.

ابن يونس: وحلول الاجل، ولا يباع ولدها؛ لأنه حر ينسب إليه، وإن كانت مخلاة تذهب وتجئ في حوائج المرتهن، فوطئها الراهن بغير إذنه، فالمشهور أنه ينتقض الرهن؛ لأن كونها مخلاة كالإذن في الوطء، وقيل كالغصب.. فتباع دون الولد، واختاره اللخمي؛ لأن الراهن في كلتا الحالتين ممنوع من الوطء.

وأمةَ القراضِ والشرْكةِ مع ذاتِ الجنايةِ والارثِ فلتُبَعْ

يعني أن أمة القراض إذا وطئها العامل فحملت منه وكان معسرا، فإنها تباع عليه، ويبقى الولد حرا.

وأمة الشركة إذا وطئها أحد الشريكن فحملت منه وكان معسرا، فإنها تباع عليه ويبقى ولدها حرا.

والأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم وحملت منه، فإنها تباع عليه في الأرش، ويبقى ولدها حرا.

وأمة التركة التي أحاط بها الدين إذا وطئها وارث الميت وهو عالم بالدين وكان عديما وحملت منه، فإنها تباع عليه في الدين ويبقى الولد حرا.

قال في التوضيح: فائدة: تباع أم الولد هنا يعني في الرهن، وفي خمس مسائل أخرى:

الأولى: الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم، فإنها تسلم للمجني عليه في الجناية.

الثانية: الابن يطأ أمة من تركة أبيه.. وعلى الأب دين يستغرق التركة، والابن عديم وعالم بالدين حالة الوطء.

الثالثة: أمة المفلس إذا وضعت للبيع ووطئها وحملت منه.

الرابعة: أمة الشركة يطؤها الشريك وهو معسر.

الخامسة: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسرا.

ويمكن أن تجعل هذه المسائل فائدة من وجه آخر بأن يقال: توجد أمة حامل بحر في ست مسائل، فإن قيل: فهل يتصور عكس هذا؛ بأن يكون العبد في بطن الحرة؟، قيل نعم: إذا وطئ العبد جارية له وحملت منه واعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه، فإن عتق المعتق أمته ماض، وتكون حرة، والولد الذي ببطنها رقيق؛ لأنه للسيد.

قال في الجلاب: فلو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها.

وكلُّ أمِّ ولدٍ مُنِعَ مَنْ أولدَها من وطئِها فلتَعتِقنْ

يعني أن أم الولد إذا منع سيدها الذي أولدها من وطئها أي حرم عليه.. فإنها تعتق عليه نلجزا على المشهور؛ لأن معظم ما بقي له فيها بعد الإيلاد.. الاستمتاع، والخدمة تابعة له، ولذلك لا يجوز أن يستخدمها إلا الخدمة اليسيرة التي للزوج على زوجته، ولا وجود للتابع الذي هو الخدمة إذا عدم المتبوع الذي هو الاستمتاع بأن حرم، وذلك كمن ملك ذات محرم منه برضاع أو نسب، وكانت مما لا يعتق عليه بالملك، ثم أولدها، فإنها تعتق عليه نلجزا؛ لأن وطئها حرام عليه، والخدمة تابعة له، ولا حد عليه.

وفي سماع عيسى: لا تعتق وتستخدم بالمعروف، وكمن وطئ أمة ابنه بعد أن وطئها ابنه فأولدها أحدهما، فإنها تعتق نلجزا على من أولدها منهما، فإن كان الابن هو الذي أولدها.. عتقت عليه لتحريم وطئها عليه بسبب وطء الأب لها، ويغرم له الأب قيمتها أُمّ ولد، وإن أولدها الأب عتقت عليه لحرمة وطئها عليه بسبب وطء الابن لها، ويغرم للابن قيمتها أمة، ولا حد على الواطئ.

قال المنجور ما نصه: ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم:كل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه بالرضاع من أم أو غيرها، وكل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه

بالنسب، ولا تعتق عليه بالملك من عمة أو خالة أو بنت أخت.. فلا حد عليه في شيء من ذلك، وإن علم أنهن محرمات عليه؛ لأنه يجوز له بيعهن واستخدامهن إلا أن تحمل، فيلحق به الولد، ويعجل العتق لهن، ومن وطئ شيئا منهن عالما بحرمة ذلك عوقب نكالا ويبعن عليه، وكل من وطئ امرأة بالملك ممن تحرم عليه بالنسب، وتعتق عليه بالملك كالبنت والأخت عالما عامدا.. حدّ، ولا يلحق به الولد.. قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بالجهالة فلا يحد ويلحق به الولد.

ابن رشد هذه المسألة صحيحة على ما في المدونة وغيرها لا خلاف في شيء منها إلا في تعجيل عتق من حملت منهن، ومن الناس من قال يستخدمهن ولا يعتقن عليه.

والأصلُ أنْ يَتبعَ أُمَّه الولدْ في الشرعِ إلا في مسائلَ تُعدْ

يعني أن الأصل في الشرع أن الولد الذي لم يثغر تابع لأمه في كل شيء إلا في ثلاث مسائل لا يتبعها فيها، وإليها أشار بقوله:

جانيةٍ ومَن بها للرقّ أُوصى أوْ اوصيِ لها بالعتقِ

يعني أن الأمة الجانية لا يتبعها ولدها إذا سلمت للمجني عليه.

والأمة الموصى بها للرق لشخص أي الموصى برقبتها لشخص لا يتبعها ولدها، بل يكون للورثة.

والأمة الموصى بعتقها لا يتبعها ولدها في العتق، بل يكون للورثة.

وأشار إلى شرط فراق الولد معها بقوله:

إنْ ولدتْ جانيةٌ من بعد ما جنايةٍ وقبلَ أنْ تُسلّما
وولدتْ مُوصى بها بعدَ إيصا وقبلَ أن يموت صاحبُ الإيصا

يعني أنه يشترط في عدم تبعية الولد للأم في هذه المسائل الثلاث أن تكون الأمة الجانية ولدت بعد الجناية، وقبل التسليم للمجنى عليه، وإن تكون الأمة الموصى بها للغير أو للعتق قد ولدت بعد الإيصاء وقبل موت الموصى.

قال في الوصايا الثاني من المدونة: ومن أوصى لرجل برقبة جنانه، أو بأمته، أو بعتقها فأثمر الجنان عاما أو عامين، أو ولدت الأمة، وذلك كله قبل موت الموصي، والثلث يحمل الجنان وما أثمر، والأمة وولدها، فإن الولد والثمرة للورثة دون الموصى له.

وفي الوصايا أيضا: وما ولدت الموصى بعتقها قبل موت سيدها فهو رقيق، وما ولدته بعد موته فهو بمنْزلتها.. يعتق أولادها معها في الثلث، وما حمله منهم بغير قرعة.

وقال في كتاب الجنايات: وما ولدت الأمة بعد أن جنت لم يسلم ولدها معها؛ إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه، وقد زايلها قبله، ولكن تسلم بمالها، وهو قول أشهب.

يُستفسرُ الشاهدُ إنْ شَهِدَ في سرقةٍ زنىً وردّةٍ تَفي

يعني أن الشاهد يجب على الحاكم أن يستفسره إذا شهد بسرقة أو زنى أو ردة.. فيسأله عن المسروق كم هو؟، وكيف أخذ؟، ومن أين أخذ؟،، وعن الزنى على أي حال وقع؟، وما صفته؟، وعن القول المكفر به ما لفظه؟، وما السبب الحامل عليه؟، فإن لم يستفسر الحاكم الشهود بالسرقة أو الزنى أو الردة حتى غابوا.. حكم بشهادتهم إذا كانوا من أهل العلم، ومذهبهم مذهب الحاكم، وإلا فلا.

قال المنجور: وجدت بخط الناظم -يعني صاحب المنهج- ما نصه: الكشف عن السرقة أن يسألوا عن الكمية، وعن إخراجها من الحرز، وعن الزنى ما صفته، وعن الردة عن القول المكفر.. إلى أن قال: فإن لم يكشفوا في هذه بطلت شهادتهم، وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم.

وفي المجموعة: قال ابن القاسم وأشهب وعبد الملك: واذا سأل الحاكم الشهود عن صفة الزنى فأبوا ولم يزيدوا على أن شهدوا عليه بالزنى.. فلترد شهادتهم، وليحدوا، وقال ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه إلا بعد كشف الشهادة حتى يدل تفسيرهم أنه الزنى، ويقولوا مثل المرود في المكحلة، فإن استراب القاضي من خبر العدل سأله عن غير هذا مما يرجو فيه بيانا من اختلاف شهادتهم.

وإذا شهد الشهود في السرقة فلا تقبل شهادتهم مجملة، ولا بد أن يسأل الحاكم الشاهدين عن السرقة ما هي؟، وكيف أخذها؟، ومن أين أخرجها؟، وإلى أين أخرجها؟، فإن غابا قبل أن يسألهما الحاكم لم يقطع السارق الاحتمال أن يكون ذلك دون النصاب، أو من غير حرز، فإن قالا إنها مما يجب فيه القطع، وغابا قبل أن يسألهما الحاكم لم يقطع السارق إلا أن يكونا من أهل العلم، ومذهبهما مذهب الحاكم. انتهى من المنجور.

ويشترط في قبول الشهادة بالزنى واللواط أن يتحد وقت أداء الشهود الاربعة للشهادة، ويتحد وقت تحملها لها وتتحد كيفية رؤيتهم للزانيين على أي حال هما.. من اضطجاع، أو قيام، أو قعود؟ أو فوقها، أو تحتها، ويتحد مكان الرؤية ككونهما في ركن البيت الشرقي أو الغربي أو وسطه.. ونحو ذلك، ولابد من ذكر هذا كله للحاكم، وإن يكون سؤالهم على هذا كله متفرقين، كل واحد منهم يسأل وحده، فإن اختلفوا، أو بعضهم.. بطلت شهادتهم وحدوا. انتهى من الدردير.

ومستحقٍّ والولا والفقرِ وسفهٍ جَرحٍ وضدٍّ فادرِ

يعني أن الاستحقاق أي الشهادة باستحقاق المعين، والشهادة بولاء المعتق لفلان، والشهادة بفقر المديان، والشهادة بسفه المحجور، والشهادة بتجريح الشاهد، والشهادة في ضد التسفيه والتجريح، وهو الترشيد والتعديل.. لا بد فيها من أن يستفسر الشاهد عنها وجوبا، فيسأل في الاستحقاق هل يعلم المشهود له باع أو وهب أم لا؟، فإن قال لا أعلمه باع ولا وهب.. تمت شهادته، وإن أبى أن يقول ذلك بطلت شهادته، وإن مات أو غاب قبل أن يسأل.. حُكم بشهادته.

ففي كتاب العارية من المدونة ما نصه: فإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب.. حلف الطالب أنه ما باع ولا وهب وقضى له به فأمضى شهادتهم، وإن لم يقولوا لا نعلمه باع ولا وهب، وعن أشهب: أن هذه الشهادة تمضي إن لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وأما إن حضروا فسئلوا، فأبوا أن يقولوا ذلك، فشهادتهم باطلة.

قال ابن رشد: ولا بد من شهادة الشهود بالملك على البت، وأما زيادة على ذلك أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة، ومما ينبغي للقاضي: أن يوقف الشاهد على ذلك ويسأله عنه، فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت، ولم يصح الحكم بها، وإن قصر القاضي عن توقيف الشهود وسؤالهم حتى ماتوا.. حكم بشهادتهم مع يمين الطالب؛ إذ لا يصح للشاهد أن يشهد إلا مع غلبة الظن أنه لم يبع ولم يهب، فهي محمولة على الصحة، ويحملون في الشهادة بولاء العتق لفلان هل أعتقه هو؟، أو أبوه؟، فإن لم يبينوا بطلت شهادتهم.

قال المنجور في نظائر أبي عمران ما نصه: وإن شهدوا على معتق أي مولى فلان يسألون هل أعتقه هو؟، أو أعتقه أبوه؟، فإن أبوا أن يبينوا فشهادتهم باطلة، وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم، ويسألون في شهادتهم بفقر المديان عن معتمدهم في ذلك هل هو الصحبة الطويلة مع معاينة صبره على الجوع والعري الشديدين؟، أو غير ذلك؟، ويسألون في شهادتهم بالتجريح أو التعديل هل سافروا مع المشهود عليه وصحبوه صحبة طويلة؟، أم لا؟، فإن لم تطل صحبتهم له في السفر والحضر لم تقبل شهادتهم، ولابد في التعديل من أن يقولوا نشهد أنه عدل رضى وإلا لم تقبل.

ويسألون في شهادتهم بالسفه أو الرشد عن معتمدهم في ذلك.

قال المنجور: في وثائق الغرناطي: لا تقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه.

وضررِ الزوجِ بزوجِه وما فسدَ من بيعٍ نكاحٍ فاعلَما

يعني أن ضرر الزوج بزوجته أي الشهادة به مما يجب أن يستفسر عنها الشاهد، فيسأل هل صحب الزوجين صحبة طويلة؟، أو لا؟، وعن الضرر ما هو؟، وما معتمله في الشهادة به؟.

ومما يستفسر عنه الشاهد أيضا إذا شهد بالبيع الفاسد، أو النكاح الفاسد.. فيسأل عن وجه فساده لا اختلاف الناس في ذلك.

والقذفِ والغَصبِ كذا الملكِ فلا تُقبلُ من غير فقيهٍ أجملا

يعني أن الشهادة بالقذف والغصب والملك مما يجب أن يستفسر عنها الشاهد، فيسأل في القذف عن لفظ القاذف، وفي الغصب عن كيفيته، وفي الملك هل بشراء؟، أو هبة؟، أو إرث؟، أو غير ذلك.

قوله: "فلا تقبل من غير فقيه أجملا": يعني أن هذه المسائل الستة عشر لا تقبل الشهادة بها من غير الفقيه إذا أجملها، وأما الفقيه فتقبل منه مجملة.

قال المنجور: في وثائق الغرناطي: لا تقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه أو ملك أو غبن أو تجريح أو تعديل أو توليج أو ذكر أخ.. إلا من أهل العلم، وأما غيرهم فلا تقبل الشهادة منه بهذه الأمور إلا مفسرة، وكذلك الردة لاختلاف الناس في الألفاظ التي يكفر بها، واذا قال الشهود نشهد على فلانة بنت فلان البكر المعنسة بكذا.. فإنه يحتاج إلى أن يكون الشهود بذلك من أهل العلم بحد التعنيس؛ لأنه ليس كل الشهود يعرفون ذلك.

وفي المنهج الفائق: وأما الأشياء التي لا تقبل الشهادة فيها مجملة.. فأحكم بأن الشهادة المجملة لا تقبل في ملك، ولا في غبن، ولا في تعديل، ولا تجريح، ولا في ترشيد، ولا تسفيه، ولا توليج، ولا في عُدم، ولا في كفارة. ولا في ضرر، ولا في ردة، ولا في إسلام، ولا في قذف، ولا في زنى، ولا في فاحشة، ولا في غصب، ولا في فاسد بيع، ولا فاسد نكاح، ولا في شهادة سماع، ولا في طريق ممشى، ولا في ذكر أخ.. إلا من أهل العلم، وأما غيرهم فلا تقبل إلا مفسرة.

تنبيه: قال ابن العطار: ولا تتم الشهادة في المولود بعد أبيه حتى يشهد الشهود أنه ولد بعد أبيه لأمد يلحق به فيه، ويكون الشهود من أهل المعرفة بذلك، فإن لم يكونوا من أهل المعرفة به لم يكن لهم بدٌّ من تحديد المدة التي ولد فيها بعد وفاة أبيه.

وقال ابن الفخار: لا بد لهم من تحديد المدة.. كانوا من أهل العلم بذلك، أم لا؛ لاختلاف الناس في ذلك.

حدُّ الزنى إذا بالاقرارِ يفي وكان بالرجوع عنه يَنتفي
فإنه يَثبتُ معْه النسبُ إلا فلا يَثبتُ فيما هَذَّبوا

هذا ضابط ما يجتمع فيه الحد والنسب.

وأشار الناظم إلى حصره بالحد فقال: حد الزنى الخ. يعني أن حد الزنى إذا ثبت على الزاني بإقراره، لا ينتفي عنه الحد بالرجوع عن الإقرار كما هو مذهب مالك، فإن المقر به يقام عليه الحد إذا لم يرجع عن إقراره لحق الله، ويثبت نسب من تولد من ذلك الزنى عليه لحق الولد.

قوله: "إلا فلا يثبت فيما هذبوا" أي وإلا يكن الحد ينتفي بالرجوع عن الإقرار بالزنى كما إذا كان ثابتا بالبينة مع الإقرار.. فلا يثبت معه النسب فيما هذبوا أي فيما حرره الفقهاء.

وذاك في مَبتوتَةٍ ومَحرَمِ وزوجةٍ خامسةٍ إنْ يُعلَمِ

يعني أن ما ذكر من اجتماع الحد والنسب كائن في وطء المبتوتة إذا تزوجها من أبتها قبل زوج، ووطئها عالما بتحريم ذلك عليه، فإنه يحد، ويلحق الولد الناشىء عن ذلك الوطء.

وفي وطء المحرَم بنسب أو رضاع إذا تزوجها ووطئها عالما بمحرميتها، أو وطئها بالملك وهي ممن يعتق عليه عالما بمحرميتها، وأقر بذلك، فإنه يحد، ويلحق به الولد.

وفي الزوجة الخامسة إذا وطئها الزوج عالما بخامسيتها، فإنه يحد ويلحق به الولد.

وأمةٍ مغصوبةٍ ومعتَقهْ إنْ كان قبلَ وطئِه قد حقّقهْ

يعني أن اجتماع الحد والنسب كائن في الأمة المغصوبة أو المعتقة إذا وطئها مشتريها بعد ما حقق كونها مغصوبة أو حرة، وأقر بذلك بعد الوطء، فإنه يحد، ويلحق به الولد.

قل في التوضيح -عند قول ابن الحاجب في باب الاستحقاق: ويحد الواطئ العالم والولد رقيق ولا نسب له-: وهذا بشرط أن تقوم البينة قبل الوطء على أن الواطئ أقر بعلمه أن الأمة مغصوبة، وتشهد الآن بينة بأنه أقر عندهم قبل الوطء بعلمه، وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالما، فقل أهل المذهب يحدُّ لأجل إقراره على نفسه بالزنى، ويلحق به الولد لحق الله تعلى، وحق الولد في ثبوت النسب، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب.

ثانيها: أن يشتري أخته أو من يعتق عليه ويولدها، ثم يقر أنه وطئها عالما بذلك.

ثالثها: أن يتزوج امرأة ويولدها، وهي ذات محرم منه.. إما من نسب أو صهر أو رضاع، ثم يقر على نفسه أنه تزوجها عالما بتحريمها.

رابعها: أن يتزوج امرأة ثم يولدها ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثا، وأنه تزوجها قبل زوج عالما بالتحريم.

خامسها: أن يتزوجها ويولدها، ثم يقر أن له أربع نسوة غيرها، وأنه تزوجها عالما بتحريمها.

وفي نوازل البرزلي: سئل ابن رشد عن الخمس مسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق النسب، فأجاب عنها بأنها: الرجل يشتري الأمة فيولدها، ثم يقر بحريتها.. وشرائها مع علمه بحريتها، أو يشتري الأمة ويولدها ثم يقر أنه اشتراها عالما بأنها ممن يعتق عليه، ووطئها وأولدها كذلك، أو يشتري الأمة ويطأها وهو يعلم أنها لا تحل له.. أي لكونها مغصوبة أو حرة، وكذا فيمن تزوج المرأة ويطؤها ويطؤها ويعلم أنها لا تحل له بنسب أو رضاع مع علمه بعدم حلية ذلك، أو يتزوج المرأة ثم يقر أنها خامسة، ويطأها ويعلم أنها لا تحل له، وإنما ثبت النسب في هذه المسائل؛ لأن ظاهر الحكم يعطيه، ووجب الحد بما أقر به على نفسه مما يوجبه، ولا يسقط ما ثبت من نسب الولد بقوله.

فصل في تعريف السنة والبدعة:

السنة لغة: الطريق والعادة. وفي الاصطلاح: مشتركة بين نوع من العبادات، ونوع من الأدلة، فالسنة في العبادة: النافلة التي واظب عليها نبينا ﷺ وأظهرها في جماعة، والسنة التي هي الدليل: هي ما أشار إليه الناظم بقوله:

وسنةُ النبيِّ قولُه الأبرْ وفعلُه وما عليه قد أَقَرْ

يعني أن سنة النبي ﷺ التي هي نوع من الأدلة الشرعية هي: قوله ﷺ الأبر أي الصادق، وفعله وما أقر عليه غيره من قول أو فعل؛ لأنه لا يقر أحدا على باطل؛ لوجوب العصمة له ﷺ وبالتقرير استدل على طهارة فضلاته ﷺ لاقراره شارب بوله على شرابه.

والمحدَثاتُ بعده هي البدعْ وكلُّها ضلالةٌ إنْ لم تَقَعْ

داخلةً تحت دليلٍ شرعي للجزمِ أو للندبِ أو للرفعِ

يعني أن الأمور المحدثة بعد وفاة النبي ﷺ هي البدع وكلها ضلالة إن لم تقع داخلة تحت دليل شرعي أي إن لم يتناولها دليل شرعي للجزم أي للوجوب أي دال على وجوبها، أو للندب أي دال على ندبها، أو للرفع أي رفع الحرج وهو الاباحة أي دليل دال على إباحتها، وفي هذين البيتين الاشارة إلى الجمع بين قوله ﷺ: «.. وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة»، وقوله ﷺ: «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة». وتخصيص عموم الأول بالثاني، وأن البدعة التي هي ضلالة إنما هي البدعة التي لم يتناولها دليل وجوب، ولا دليل ندب، ولا دليل إباحة، وأما ما تناولها أحد الثلاثة فليست بضلالة، بل هي من الشرع مأمور بها على حسب الدليل الذي اقتضاها.

فالبدعة التي تناولها دليل الوجوب كتدوين القرآن والحديث حين خيف عليهما الضياع؛ لأن التبليغ لمن بعدنا واجب علينا إجماعا، وإهماله حرام إجماعا، وهو لا يمكن إلا بالتدوين في الكتب، وكتدوين الفقه أي فروعه لتقاصر الهمم وضعف الأفهام عن الإطلاع على معاني الكتاب والسنة واستخراج الأحكام منها، وكترتيب الأدلة على طريق المتكلمين للرد على الملحدة.

والبدعة التي تناولها دليل ندب كصلاة التراويح في المسجد بإمام في رمضان.. فعلها عمر رضي الله تعلى عنه، وكاتخاذ الأئمة والقضاة وولاة الأمور المراكب النفيسة، والثياب العلية الهائلة، واحتجاب الملوك، خلاف ما كان عليه علماء الصحابة وأمراؤهم بسبب أن المقاصد والمصالح الشرعية لا تحصل إلا بعظمة الولاة في نفوس الناس، وكان الناس في زمن الصحابة إنما يعظمون الناس بالدين وسابق الهجرة، فلما اختل النظام، وذهب ذلك القرن، وحدث قرن لا يعظمون الناس إلا بتفخيم الصور.. تعيَّن حينئذ كي تحصل المصالح، وأول من فعله: معاوية بن أبي سفيان في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله تعلى عنهما، فلما قدم إليه عمر سأله عن ذلك، فقال له أنا بأرض نحن فيها محتاجون إلى هذا، فقال له عمر لا آمرك ولا أنهاك، معناه أنت أعلم بحالك.. هل أنت محتاج لهذا فيكون حسنا؟، أو غير محتاج إليه فلا يكون حسنا؟، فدل ذلك من عمر ومعاوية رضي الله عنهما على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأمصار والأعصار والقرون والأحوال؛ فلذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما، وربما وجبت في بعض الأحوال.

ومن البدع المندوبة، وضع التآليف في العلوم الشرعية، وبناء المدارس والزوايا.

والبدعة التي تناولها دليل الاباحة: كاتخاذ المناخل للدقيق؛ لتليين العيش، ففي الأثر أول شيء أحدثه المسلمون بعد رسول الله ﷺ اتخاذ المناخل لأن تليين العيش وإصلاحه من المباحات، فوسائله مباحة.

وأما البدعة التي هي ضلالة فهي: ما تناولها دليل كراهة أو تحريم، أو لم يتناولها دليل من الأدلة الخمسة، فالبدعة التي تناولها دليل كراهة كتخصيص الأيام الفاضلة وغيرها بنوع من العبادات؛ لما في صحيح مسلم وغيره أن رسول الله ﷺ نهى عن تخصيص يوم الجمعة بصيام أو ليلته بقيام، وكالزيادة في المندوبات على المحدود كما ورد في التسبيح عقب الفريضة ثلاثا وثلاثين فيفعل مائة، وكالزيادة على الصاع في زكاة الفطر، فإنها سوء أدب مع الشارع؛ لأن شأن العظماء متى حدوا شيئا وقف عنده، وعد الخروج عنه قلة أدب، والزيادة في الواجب..

أو عليه: أشد في المنع؛ لأنها تؤدي إلى أن يعتقد أن الواجب مجموع الأصل والمزيد عليه، ولذلك نهى مالك ﷺ عن إيصال ستة من شوال برمضان؛ لئلا يعتقد أنها منه، وأخرج أبو داود أن رجلا دخل مسجد النبي ﷺ فصلى الفرض، وقام ليصلي ركعتين، فقال، عمر بن الخطاب ﷺ اجلس حتى تفصل بين فرضك ونفلك، فهذا أهلك من كان قبلنا، فقال رسول الله ﷺ «أصاب الله بك يا ابن الخطاب». يريد عمر أن من قبلنا وصلوا النوافل بالفرائض واعتقدوا الجميع واجبا، وذلك تغيير للشرائع وهو حرام إجماعا.

قلت: وأما الزيادة في الواجبات بأن كانت في أثنائه كزيادة ركعة أو سجدة في الصلاة فإنها حرام مبطلة له اتفاقا.

والبدعة التي تناولها دليل تحريم كالمكوس، والمحدثات من المظالم، والمحدثات المنافية لقواعد الشريعة كتقديم الجهال على العلماء، وتولية المناصب الشرعية من لا يصلح لها بطريق التوارث، وهو في نفسه ليس بأهل، وجعل المستند في ذلك كون المنصب كان لأبيه.

وأما البدعة التي لم يتناولها دليل من الأدلة الخمسة فإنها باقية على أصلها وهو الكراهة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل في البدع الكراهة إلا إذا تناولها قاعدة غيرها من الأحكام من غير معارض يرد إلى الأصل، فلتلحق بالمتناول إن اتحد، وبأقوى المتناولين إن تعدد.

وقال المنجور: كلما كان في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ وعليه عمل الصحابة ﷺ والتابعين لهم بإحسان.. فهو دين الله تعلى.. يدان به، وما خالفه فهو بدعة وضلالة.

وقال أيضا: فالبدعة إذا عرضت تعرض على قواعد الشرع وأدلته، فأي شيء تناولها من الأدلة والقواعد ألحقت به من إيجاب أو تحريم أو غيرهما، وإن نظر إليها من حيث الجملة مع قطع النظر عما يقتضيها كرهت، فإن الخير كله في الاتباع، والشر كله في الابتداع.

وقال تقي الدين ابن تيمية في قوله في الصحيح قال ﷺ في خطبته: «خير الكلام كلام الله، وخير الهدى هدي محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل بدعة ضلالة». قال البدعة ما لم

يقم عليه دليل شرعي على أنه واجب أو مستحب.. سواء فعل على عهده، أو لم يفعل كلخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب، وقتل الترك.. لما كان مفعولا بأمره لم يكن بدعة، وإن لم يكن مفعولا على عهده.

وقال محي الدين النووي: "كل بدعة ضلالة" من العام المخصوم؛ لأن البدعة خمس: واجبة: كترتيب الأدلة على طريق المتلكين للرد على الملحدة. ومندوبة: كوضع التآليف وبناء المدارس والزوايا. وحرام، ومكروهة: وهما واضحتان. ومباحة كالتبسط في انواع الأطعمة.

وقال في قوله ﷺ «من سن سنة حسنة».: هذا الحديث مخصص لعموم حديث «كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة». فالمراد بالمحدثات التي هي ضلالة المحدثات الباطلة، ويدخل في حديث «من سن سنة حسنة» البدعة المستحسنة كالتحضير والتأهيب والتصبيح ووضع التواليف؛ لفول عمر في التراويح نعمت البدعة أي هذه بدعة في اللغة؛ لأن البدعة في اللغة ما فعل على غير مثال سابق كما قال الله تعلى: ﴿قل ما كنت بدعا من الرسل﴾، وليست بدعة في الشريعة، فإن كل بدعة في الشريعة ضلالة، كما قال ﷺ ومن قال من العلماء البدعة تنقسم إلى حسن وغيره: فمراده البدعة اللغوية، ومن قال كل بدعة ضلالة: فمراده البدعة الشرعية، ألا ترى أن علماء الصحابة والتابعين أنكروا الأذان في غير الصلوات الخمس وإن لم يكن فيه نهي خاص؟!، وأنكروا استلام الركنين غير اليمانيين وإن لم يكن فيه نهي خاص؟، وكذا الصلاة عقب السعي بين الصفا والمروة قياسا على الطواف، وكذا ما تركه رسول الله ﷺ مع قيام المقتضي كان تركه سنة، وفعله بدعة مذمومة، وما تركه لوجود المانع منه كالاجتماع في صلاة التراويح في رمضان.. تركه مخافة أن يفرض على الناس، فلما توفى زال المانع، وهو خوف أن يفرض؛ فلذلك أحدثه عمر.

وقال المنجور: قال البرزلي: الإجماع على أن البدع منها ما هو حسن مثل قول عمر في التراويح نعمت البدعة هذه، وإخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب فعله عمر ولم يقع في زمن النبي ﷺ، وجمع الناس على المصحف كما فعله عثمان، ونقط المصحف وشكله كما

فعله أبو الأسود الدؤلي، ونقش الدراهم والدنانير كما فعل في زمن ابن مروان، وتحزيب القرآن كما فعل في زمن الحجاج، ومحاريب المساجد إلى غير ذلك، وتحصيله أن كل بدعة شهد الشرع باعتبار حسنها، ولم تترتب عليها مخالفة سنة، ولا شهد الشرع بإلغائها فهي محمودة، ومتى شهد الشرع بإلغائها، أو كان في فعلها مخالفة لأصل من الشريعة فهي ضلالة، وما لم يشهد الشرع له بإلغاء ولا باعتبار.. فينظر ما يترتب عليه من مصلحة، فيعمل عليها، أو مفسدة فيلغى، وقد نص على هذا عز الدين وغيره.

ومن البدع المستقبحة أيضا رفع الجماعة أصواتهم في المسجد بالمدح؛ لنهي الشارع عن رفع الصوت في المسجد.

وقال المنجور: سئل البرزلي عن جعل الثريا والقناديل في المساجد، وكون المنبر أكثر من ثلاث درج.. هل هذا جائز؟، أو من السرف؟، فأجاب بما حاصله أن جعل الحصر والمنبر والاستصباح حسن من باب ترفيع المساجد، وقد ورد ثواب جزيل في استصباحها حكى الزمخشري في تفسير قوله تعلى: ﴿إنما يعمر مساجد الله﴾ عن أنس ﷺ «من أسرج في مسجد سراجا لم تزل الملائكة وحملة العرش تستغفر له ما دام في ذلك المسجد ضوؤه».. قال: والعمارة تتناول إصلاح ما استرم منها وتنظيفها وتنويرها بالمصابيح وتعظيمها واعتيادها للعبادة والذكر، وقد ورد الخبر في جعل النبي ﷺ المنبر أي بنائه إياه، وإذا ثبت الخبر في جنسه جاز ترفيعه.

وقال البرزلي أيضا: أنكر الرجراجي أشياء بتونس منها: التسميع خلف الإمام، قال وللعلماء في صحة الصلاة بالمسمع، وصلاة المسمع ستة أقوال: فمذهب الجمهور الجواز، بل أعراه ابن رشد من الخلاف في مسألة الرافع صوته بالذكر للإفهام؛ لأنه من ضروريات الجوامع، وأنكره حماس بن مروان، ورد عليه لقمان بن يونس بعدم انكار علماء الأمصار على أهل مكة ذلك.. يريد وجريانه بينهم من غير نكير، والرجلان من أصحاب سحنون.

وحكى المازري عن بعض شيوخه أنه صلى بجامع مصر، وفيه المسمعون من غير نكير، والجامع لابن شعبان وغيره من علماء مصر في زمانهم، ونقل المازري عن بعض المتأخرين أنه إن أذن له الإمام جاز؛ وإلا لم يجز، وحكى القاضي في الإكمال أنه ان لم يتكلف رفع صوته صح، وإلا فلا، والقول الخامس: إن كثر الناس في غير صلاة الفرض كالعيدين والجنائز.. جاز، وإلا فلا، والسادس: يضاف هذا إلى صلاة الجمعة، قال واستدلوا على ذلك بحديث صلاة أبي بكر بصلاة النبي ﷺ وصلاة الناس بأبي بكر متبعين له في أقواله وأفعاله» وبما وقع في المدونة من قوله: ولا بأس بالصلاة في دور محجورة بصلاة الإمام في غير الجمعة إذا رأوا عمل الإمام والناس، والعمل يطلق على القول والفعل، واحتج عليه ابن رشد بأن عمر رضي الله تعلى عنه كان إذا قرأ سورة فيها ذكر النبي ﷺ يعلي صوته لكي يسمع أصحاب حجر النبي ﷺ وبالجملة فما عليه السلف والخلف من جواز هذا الفعل حجة بالغة على من خالفهم، فكيف بمن فسقهم أو بدعهم وضللهم؟!، فهذا مخالف للجماعة.. جدير بهذه الأوصاف أو بعضها، أو مكابر للبيان، أو جاهل بالعلم لا عقل له.

تنبيهان: الأول: قال الزركشي: كره بعض السلف اتخاذ المحاريب في المسجد.. قال الضحاك بن مزاحم: أول شر كان في أهل الصلاة.. هذه المحاريب، وفي مصنف عبد الله عن الحسن أنه صلى واعتزل الطاق أن يصلي فيه، قال كره الصلاة في طاق المسجد سعيد بن جبير ومعبد، والمراد "بطاق المسجد" المحراب الذي يقف فيه الإمام.

وفي شرح الجامع الصغير للحنفية لا بأس أن يقوم الإمام في المسجد، وسجوده في الطاق، ويكره أن يقوم في الطاق؛ لأنه يشبه اختلاف المكانين.. ألا ترى أنه يكره الانفراد؟!، والمشهور الجواز بلا كراهة ولم يزل عمل الناس عليه من غير كراهة.

الثاني: قال المنجور: اختلف في الدعاء عقب الصلاة المكتوبة على الهيئة المعهودة، وهي كون الإمام يدعو والناس يؤمنون، ويسمع المسمع.. هل هي بدعة مستحسنة؟، أو قبيحة؟، فقيل إنه بدعة حسنة مطلقا، وقيل إنه بدعة قبيحة مطلقا، وقيل إن كان على نية أنه من

سنن الصلاة، أو من فضائلها.. فهو بدعة قبيحة. وإن كان مع السلامة من ذلك فهو باق على أصل الدعاء، والدعاء عبادة شرعية، وبالأول قال الشيخ الاستاذ أبو سعيد بن لب، واحتج بقوله تعلى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾. وذكر أن في تلك الهيئة فوائد: لأن أكثر الناس لا يعرف ما يدعو به، ويدعو بما لا يجوز، وقد يلحن في الدعاء، وقد لا ينشط وحده. فإذا اجتمع عليه ارتفع المحذور، وأتى بأحاديث في الدعاء باثر الصلاة، وتأول كلام السلف من العلماء في قيام الإمام من مجلسه إذا سلم.

وبالثاني قال الشيخان الإمامان الأوحدان أبو زيد وأبو موسى أبناء الإمام، بل قالا إنه ممنوع، وذكر القرافي في آخر ورقة من القواعد إنه مكروه، وعلله بما يقع من ذلك في نفس الإمام من التعاظم. وأنكره الرجراجي على أهل تونس، وجعله بدعة قبيحة.

وبالثالث: قال الإمام ابن عرفة وتلميذه أبو مهدي عيسى الغبريني.. قال المنجور: سأل أهل سلا الإمام ابن عرفة عن إمام الصلاة إذا فرغ منها هل يدعو ويؤمن المؤمنون؟، أم لا فإنه قد استمر ببعض بلاد المغرب كراهية هذه الصفة؟، فأجاب مضى عمل من يقتدى به في العلم والدين من الأئمة على الدعاء بأثر الذكر الوارد بأثر تمام الصلاة، وما سمعت من ينكره إلا جاهلا لا يقتدى به.

وقال في جواب له آخر: إن كان على نية أنه من سنن الصلاة وفضائلها.. فهو غير جائز، وإن كان مع السلامة من ذلك.. فهو باق على أصل الدعاء، والدعاء عبادة شرعية.. فضلها من الشريعة معلوم، ولا أعرف فيها في المذهب نصا إلا أنه وقع في العتبية -في كتاب الصلاة- كراهة مالك الدعاء بعد الصلاة قائما، فمفهومه عدم كراهته قاعدا.

وفي العتبية أيضا: كره مالك الدعاء عقب ختم القرآن؛ ولكن الأظهر عندي جوازه، وقد ورد بذلك أحاديث في المصنفات كسنن النسائي وغيره.

وقال تلميذه الإمام أبو مهدي عيسى: الصواب جواز الدعاء على الهيئة المعهودة إذا لم يعتقد كونه من سنن الصلاة أو فضائلها أو واجباتها، وكذا الاذكار بعدها على الهيئة

المعهودة كقراءة الأسماء الحسنى، ثم الصلاة على النبي ﷺ مرارا، ثم الرضي عن الصحابة ﷺ وغير ذلك من الأذكار بلسان واحد.

وقال المنجور: في كتاب الأوائل: أول من أحدث الدعاء بعد الصلاة واستحسنه الإمام المهدي، ويحتمل أن يستند إلى قوله تعلى: ﴿فإذا فرغت فانصب وإلى ربك فأرغب﴾ وحكى عنه أيضا أنه أول من أمر المؤذن أن يقول: "أصبح ولله الحمد" وكان من تقدم من من قبله يقول: "أصبح الصباح بالعافية".

وأما مطلق الدعاء عقب الصلاة.. فليس ببدعة، بل سنة؛ لما ورد فيه من الأحاديث التي يضيق هذا الدفتر عن حصرها.

فمنها ما روى الترمذي: قيل لرسول الله ﷺ أي الدعاء أسمع، قال: «جوف الليل الأخير ودبر الصلوات المكتوبة».

وقال الحطاب -عند قول خليل: ومتابعته في إحرام وسلام-: ناقلا عن ابن مرزوق لا خلاف في مشروعية الدعاء خلف الصلاة، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «أسمع الدعاء جوف الليل وادبار الصلوات المكتوبة» وخرج الحاكم على شرط مسلم من طريق حبيب بن مسلمة ﷺ «لا يجتمع قوم مسلمون فيدعو بعضهم ويؤمن بعضهم إلا استجاب الله دعاءهم».. وقد أنكر جماعة الدعاء بعدها على الهيئة المعهودة، وأجازه ابن عرفة، والكلام في ذلك واسع، وقد ألف الشيخ أبو اسحاق الشاطبي فيه ورام ابن عرفة وأصحابه الرد عليه وحجتهم في ذلك ضعيفة.انتهى كلام الحطاب.

الثالث: اختلف في بدعة دعاء المؤذن بالليل، والنداء للصلاة بغير الأذان كالتأهيب والتحضير والتصبيح.. هل هو بدعة حسنة؟، واختاره البرزلي، فالتأهيب هو قول المؤذن: تأهبوا للصلاة، والتحضير هو قوله: احضروا للصلاة أو حضرت الصلاة، والتصبيح هو قوله عند طلوع الفجر: أصبح ولله الحمد، وأنكر الإمام الرجراجي الدعاء للفرائض بغير لفظ الأذان وقبحه.. قال البرزلي: وقد جرى به عمل الناس في الحواضر والأقاليم.

وفي كتاب الجهاد من مسلم في حديث «ناد الصلاة جامعة».

قال النووي: يؤخذ منه جواز الإيذان بالصلاة، وكذا قوله: «ألا صلوا في رحالكم في الليلة المطيرة».

وفي الأذكار له: من الصلوات غير الفرائض ما يستحب فيه أن يقال الصلاة جامعة.. مثل العيد والاستسقاء، ومنها ما لا يستحب فيه كسنن الصلاة والنوافل المطلقة، ومنها ما اختلف فيه كصلاة التراويح والجنائز فظاهره مطلقا.. واحفظ لابن رشد إنما ذلك عند المساجد لا داخلها.

البرزلي: والأمر محتمل.. قال ومن الدليل العام على جواز الدعاء للصلاة بغير الأذان غير ما تقدم قوله تعلى: ﴿ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله﴾ لأنها نزلت في المؤذنين ونحوهم وقوله عليه الصلاة والسلام: «ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان له أجره وأجر من عمل به» والدعاء للصلاة هدى، فتجب راجحيته إلى غير ذلك مما يطول جلبه.

وأنكر الرجراجي أيضا التأهيب يوم الجمعة، وأمر بقطعه وجعله حراما، وهذا لم يقل به أحد من علماء الأمة، بل الناس فيه على مذهبين، فمنهم من كرهه؛ لأنه لم يكن في زمنه عليه الصلاة والسلام ولا الخليفتين بعده، ومنهم من استحسنه وراعى فيه المعنى من الأذان قبل الفجر في صلاة الصبح للحرص على المبادرة بها أول الوقت؛ ولما ورد من الترغيب في التبكير والتهجير إليها أحدث عثمان رضي الله تعلى عنه الأذان الثاني في الوضع، وهو الأول في الزمان، ولم يكن ذلك في الزمن الأول؛ لعدم المقتضى، فلما كان زمان عثمان رضي الله تعلى عنه ثبت المقتضي، وهو كثرة الناس، فأحدثه بالزوراء، وهي دار له أمر المؤذن أن يعلو على سطحها وينادي ليتأهب الناس ويجتمعوا، واختلف في هذا الذي أحدثه عثمان رضي الله تعلى عنه ما هو، فقيل إنه أمر المؤذن أن يقول قبل الزوال الصلاة حضرت يرحمكم الله، لا الأذان المعهود.

قال البرزلي: وهذا نص في عين النازلة، وروى عن ابن حبيب أنه أجاز الأذان يوم الجمعة قبل الزوال.

وأنكر أيضا بدعة التصبيح في الفجر وسبقه إلى إنكارها بعض التونسيين.

قل البرزلي: وعندي أنها جائزة؛ إذ لم يرد فيها من الشرع ما يمنعها، بل ورد ما يقتضيها، وهو قوله ﷺ في ابن أم مكتوم أنه لا ينادي حتى يقل له أصبحت أي قاربت الصباح أو دخلت فيه. ووجه الأخذ منه أن ابن أم مكتوم أعمى لا يرى الفجر فيخبر به، والنائم كالأعمى لفقده حاسة البصر بالنوم، فينادى بالتصبيح.. يوقظ، كما نودي به ابن أم مكتوم كما أخبره به ﷺ وكان ﷺ إذا مر بنائم يقول له: «قم يا نائم» أو يحركه برجله أخرجه أبو داود في سننه.

وقال البرزلي أيضا: استنبط جواز قول المؤذن حضرت الصلاة من حديث أمر النبي ﷺ بأن ينادي الصلاة جامعة، ومن عموم قوله تعلى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾، وقوله ﷺ «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» وقوله: «خياركم أنفعكم لأمتي».

قلت: ومن عموم قوله تعلى: ﴿ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله﴾.

ومن البدع أخذ الإمام الأجرة على إمامة الصلاة، وقد أنكره الدكالي أشد إنكار حتى ترك الجمع والجماعات لذلك، ورد عليه ابن عرفة ذلك حين تخلف عن الصلاة معه بجامع الزيتونة لذلك، وبالغ في الرد عليه حتى فسقه في أبيات تركت ذكرها تحرجا من ذكرها.

وتجبُ النيةُ في محضِ القُرَبْ ... وما به وصفُ التقرُّبِ غَلب

يعني أن النية تجب في كل فعل تمحض للتقرب من العبادة، أو غلبت فيه شائبة التقرب كالتيمم والصلاة.

ونفيُها في كلٍ ما تَمحّضا ... للعقلِ أو غلبَ أصلٌ مُرتضَى

يعني أن انتفاء وجوب النية في كل فعل تمحض للعقل أي عرفت علته، أو غلب فيه العقل أي شائبة العقل مرتضى عند المالكية، الأول كقضاء الدين، والثاني كغسل النجاسة.

وفي استوا الوصفينِ في الفعلِ اختُلفْ ... والقولُ بالوجوبِ للقصدِ عُرفْ

يعني إذا استوى الوصفان أي وصف التعبد ووصف المعقولية في الفعل كالطهارة والزكاة.. فقد اختلف فيه هل تجب النية تغليبا لوصف التعبد؟، أو لا تجب فيه تغليبا لوصف المعقولية؟، والقول بوجوبها فيه هو المعروف أي المشهور في المذهب.

قال المقري: قاعدة: كلما تمحض للتعبد أو غلبت عليه شائبته فإنه يفتقر إلى النية كالصلاة والتيمم، وما تمحض للمعقولية أو غلبت عليه شائبتها فلا يفتقر لها، كقضاء الدين وغسل النجاسة عند الجمهور، فان استوت الشائبتان: فقيل كالأول لحق العبادة، وقيل كالثاني بحكم الأصل، وعليهما الطهارة والزكاة والكفارة.

قال المنجور: المشهور هو الافتقار.. تغليبا لشائبة العبادة.

أبو عمروابن الحاجب: الإجماع على وجوب النية في محض العبادة، وعلى نفي الوجوب فيما تمحض لغيرها كالديون والودائع والغصوب، واختلف فيما فيه شائبتان كالطهارة والزكاة، والمذهب افتقارهما للنية، ويعني بالطهارة المائية دون الترابية، فإنها محض تعبد.

التوضيح: وحاصله أن الفعل ثلاثة أقسام: قسم تمحض للعبادة كالصلاة، فالإجماع على وجوب النية فيه. الثاني: مقابله كأداء الديون ورد الودائع والغصوب، فالإجماع على أنها لا تجب فيه. الثالث: اختلف فيه وهو ما اشتمل على الوجهين كالزكاة.. عقل معناها وهو الرفق بالفقراء وبقية الأصناف؛ لكن كونها إنما تجب في قدر مخصوص لا يعقل معناه.

وكلُّ قُربة بلا لبس بما سواها فالقصدُ لها قد عُدما
أو كانَ نفعُها بفعلِها بلا قصدٍ لها يَحصلُ فالقصدَ اخزِلا

يعني أن كل قربة لا تلتبس بغيرها لشدة تمحض اختصاصها بالله عز وجل فإنها لا تجب فيها النية كذكر الله ونية التقرب إليه بالعبادة.

وكل قربة يحصل نفعها أي مصلحتها بمجرد فعلها من غير احتياج لنية فلا تجب فيه النية كغسل النجاسة.

قال المقري: قاعدة: كلما كانت صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته، فإنه لا يفتقر إلى نية كغسل النجاسة.

قاعدة: القربات التي لا لبس فيها كالذكر والنية لا تفتقر إلى نية.

قال القرافي: النية لا تحتاج إلى نية، قال جماعة من الفضلاء؛ لئلا يلزم التسلسل، ولا حاجة إلى التعليل بالتسلسل، بل النية من القاعدة المتقدمة.. يعني القاعدة التي في البيت الثاني؛ لأن مصلحتها التمييز، وهو حاصل بها سواء قصد ذلك أم لم يقصده فاستغنت عن النية. انتهى وسلمه ابن الشاط.

حكمتُها التمييزُ في القربِ معْ تقربٍ وفي السوى الأخير دعْ

يعني أن الحكمة في النية أي السر الذي شرعت من أجله في القرب أي العبادات أمران أحدهما: التمييز أي تمييزها عن العادات، وتمييز ما لله عما ليس له، وتمييز مراتب العبادات في أنفسها، الأول: كالغسل يكون عبادة، ويكون للتبرد، وحضور المسجد يكون للصلاة ويكون للفرجة، ومثال الثاني: السجود يكون لله، ويكون للصنم، والمميز بينهما النية، ومثال الثالث: الصلاة لانقسامها إلى فرض ونفل، والفرض إلى عين وكفاية، وأصلي ومنذور.

الثاني من الأمرين الذي شرعت النية في العبادات لأجلها التقرب إلى الله تعلى بفعل العبادة أي طلب القرب إليه بامتثال أمره.

قوله وفي السوى الأخير دع أي دع الأمر الأخير -وهو التقرب- أي دع اشتراطه فيما سوى العبادات، بل الحكمة في مشروعية النية فيه التمييز فقط كشراء الوصي على أيتام لأحدهم، لا ينصرف شراؤه له إلا بالنية، ولا يترتب الثواب في المباح إلا بالنية.

محلُّ ذا الأمرَ وأما ما نُهي عنه فلا نيةَ تُشرعُ به

يعني أن محل ما ذكر من التفصيل الأمر أي المأمور به، وأما المنهي عنه فلا تشرع فيه لا وجوبا ولا ندبا اتفاقا، بل تركه يخرج من عهدته، وإن لم يقصده التارك، ولا شعر به. قاله المقري.

وكلُّ ما النيةُ فيه تُشترَطْ	فالاستنابةُ به مما سَقطْ
وكل ما بدونِ نيةٍ يَصحْ	فصحَّةُ النوْب به مما وضح

يعني أن كل فعل تشترط فيه أي في صحته النية، فالاستنابة فيه ساقطة أي لا تصح، وكل فعل يصح بدون نية فالاستنابة فيه صحيحة.

قال المقري: قاعدة: الفعل إن اشتمل وجوده على مصلحته مع قطع النظر عن فاعله.. صحت فيه النيابة، ولم تشترط فيه النية، وإن لم يشتمل عليها إلا مع النظر إلى فاعله لم تصح فيه النيابة، واشترطت فيه النية، فاشتراط النية وانتفاء صحة الاستنابة على هذا متلازمان، وكذلك عدم اشتراطها وصحة النيابة، فكل ما تصح فيه الاستنابة لا تشترط فيه النية، وكل ما تشترط فيه النية لا تصح فيه الاستنابة إلا أن يدل دليل على خلاف ذلك، فمن ثم قال النعمان لا نيابة في الحج، وقلنا إنها رخصة.

وفي الفرق الثامن عشر: أن ما يمكن أن ينوى: ينقسم إلى مطلوب، وغير مطلوب، ففي المطلوب لا ينوى من حيث هو غير مطلوب، بل قد يقصد بالمباح التقوي على مطلوب، كما يقصد بالنوم التقوي على قيام الليل، فمن هذا الوجه تشرع نيته لا من حيث أنه مباح. والمطلوب قسمان: نواه، وأوامر، فالنواهي: لا يحتاج فيها إلى نية شرعا، بل يخرج الإنسان عن عهدة المنهي عنه بمجرد تركه، وإن لم يشعر به.. فضلا عن القصد له؛ لكنه إن نوى بتركها وجه الله تعلى حصل الثواب، وكان الترك قربة. وأما الأوامر فقسمان أيضا: منها ما تكون صور أفعالها كافية في تحصيل مصالحها فلا تحتاج إلى نية كدفع الديون ورد المغصوب ونفقات الزوجات والأقارب وعلف الدواب ونحو ذلك، فمن دفع دينه غافلا عن قصد التقرب به أجزأ عنه، ولا يفتقر إلى إعادته مرة أخرى، نعم إن قصد في هذه الصور كلها امتثال أمر الله تعلى فيها.. حصل له الثواب، وإلا فلا. القسم الثاني: ما لا تكون صورته كافية في تحصيل مصلحته، فهذا هو القسم المحتاج إلى النية كالعبادات، فهذا هو ضابط ما تمكن فيه النية، وما لا تمكن فيه، وضابط ما يحتاج إلى النية، وما لا يحتاج اليها شرعا.

وسلمه ابن الشاط؛ إلا ما ذكر من أن أداء الدين وشبهه لا يثاب عليه حتى ينوي التقرب إلى الله تعلى بأداء دينه.. قال: فيه عنده نظر، فإنه لا مانع من أن يثاب في هذه الصورة، ويكفيه من النية كونه قاصدا أداء دينه. انتهى والله تعلى أعلم.

وكُـــلُّ أمـــرٍ كلّمـــا تَكـــررا تَكـــررَ النفـــعُ علـــى العـــين يُـــرى

يعني أن كل أمر فرضا كان أو ندبا يتكرر النفع به أي مصلحته التي شرع لأجلها.. كلما تكرر أي كلما فعل فهو على العين أي كل عين أي فرض عين، وندب عين، أي فرض على كل عين أي شخص، وندب على كل عين أي شخص.. تكثيرا للمصلحة بتكرره، الأول كالصوات الخمس، وصوم رمضان، والحج، والثاني كالوتر، والفجر والعيدين، والطواف، وصيام الأيام الفاضلة؛ لأن مصلحة الصلاة الخضوع لله وتعظيمه ومناجاته والتذلل له بين يديه والتفهم لخطابه والتأدب بآدابه، ومصلحة الصوم رياضة النفس بتجويعها وتعطيشها لقمع شهواتها، وتأدبها بالآداب الروحانية، وهذه المصالح تكثر كلما تكررت الصلاة والصوم.

وكُـــلُّ مـــا تَكريـــرُه لا يَنفـــعُ كفايـــةٌ فـــي مـــرة يَنـــدفِعُ

يعني أن كل أمر.. فرضا كان أو ندبا لا يحصل النفع به أي مصلحته التي شرع لأجلها بتكريره فهو كفاية أي فرض كفاية، أو سنة كفاية أي يحمله بعض الناس عن بعض؛ لأنه بفعله مرة واحدة يندفع خطاب الله به أي يخرج الناس من عهدته، ففرض الكفاية كانقاذ الغريق إذا أنقذه إنسان من البحر، فالنازل في البحر بعد ذلك لا يحصل شيئا من المصلحة، وكذا كسوة العريان، وإطعام الجائع، ونحو ذلك؛ فلذا جعله صاحب الشرع على الكفاية نفيا للعبث في الأفعال، وسنة الكفاية كالأذان والإقامة والتسليم والتشميت، وما يفعل بالأموات من المندوبات.

قال أبو عبد الله المقري: قاعدة: كل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الكفاية، وإلا فعلى الأعيان إلا لمعارض أرجح كصلاة الجنازة؛ لأن المطلوب بها الشفاعة،

وقد حصلت، والالحاح فيها مذموم.. فيذم شرعا، وأما المغفرة فأمر خفي لا يجوز أن يغتر بنفسه، وأيضا من يقول بتكررها وهو الشافعي يوافق على أنها لا تقع نفلا، بل فرضا، وقد حصلت مصلحة الوجوب بالصلاة الأولى إجماعا.

ويسقطُ الأمرُ إذا ظنّ القيامْ به سوى فاعلِه من الأنامْ

يعني أن الأمر الكفائي فرضا كان أو ندبا يسقط الخطاب به بظن القيام به عن غير من قام به من الأنام.

قال المقري: قاعدة: يكفي في سقوط المأمور به على الكفاية: ظن الفعل، وإن لم يفعل البتة.

وقال القرافي -في الفرق الثالث عشر- ما نصه: المسألة الثانية يكفي في سقوط المأمور به على الكفاية ظن الفعل، لا وقوعه تحقيقا، فإذا غلب على ظن هذه الطائفة أن تلك فعلت.. سقط عن هذه، وإذا غلب على ظن تلك أن هذه فعلت.. سقطت عن تلك، وإن غلب على ظن كل واحدة منهما فعل الأخرى.. سقط عنهما.

بعكسِ ذي العينِ من الأمرِ فلا يَسقطُ إلا بيقينٍ مُسجَلا

يعني أن الأمر ذي العين كائن بعكس الأمر ذي الكفاية، فلا يسقط عن المأمور به إلا بيقين أنه فعله مطلقا.. سواء كان فرضا أو ندبا، فمن ظن أنه صلى الظهر مثلا، فإنه لا يخرج من عهدته بذلك، بل تجب عليه صلاته، ولا يخرج من عهدته إلا إذا تيقن أنه صلاه؛ لأن الصلاة واجبة بيقين، فلا تبرأ الذمة منها إلا بيقين، ومن ظن أنه صلى الوتر مثلا، فإنه لا يخرج من عهدة الأمر به بذلك، بل تسن له صلاته، ولا يخرج من عهدة الأمر به إلا إذا تيقن أنه صلاه.

وذو الكفايةِ على العينِ يَرِدْ إنْ كان مَن به يقومُ مُنفرِدْ

يعني أن الأمر ذا الكفاية فرضا كان أو ندبا.. يرد على العين أي يكون فرض عين، أو ندب عين.. إذا انفرد من يقوم به، فإذا لم يوجد من يقوم بمؤونة الميت إلا واحد.. تعين عليه، وإذا لم يوجد من يصلح لتعلم العلم إلا واحد.. تعين عليه أيضا.

قال القرافي رحمه الله تعلى: ضبط الشريعة وإن كان فرض كفاية.. غير أنه يتعين له طائفة من الناس، وهم من جاد حفظهم، وزان فهمهم، وحسنت سيرتهم وطابت سريرتهم.. فهؤلاء هم الذين يتعين عليهم الاشتغال بالعلم، فإن عديم الحفظ وقليله، أو سيئ الفهم لا يصلح لضبط الشريعة المحمدية، وكذلك من ساءت سريرته؛ لأنه لا يحصل به الوثوق للعامة، فلا يحصل به مصلحة التقليد فتضيع أحوال الناس، وكذا إذا لم يوجد من يعلم التوثيق أي كتب الوثائق إلا واحدا.. تعين عليه؛ لأن التوثيق فرض كفاية، ويتعين على من انفرد بمعرفته؛ لقوله تعلى: ﴿وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب﴾.

وبالشروعِ يجبُ الأمرُ الذي على الكفايةِ كنفلٍ فاحتَذي

يعني أن الأمر الكفائي فرضا كان أو ندبا يجب عينا على المكلف بالشروع فيه كما يجب عليه النفل العيني بالشروع فيه كالصلاة والصوم والحج والعمرة والطواف والاعتكاف.

إنْ دارَ الأمرُ بين درءِ مُفسدِ وجَلبِ مُصلحٍ فبالدرءِ بُدي

يعني أن الأمر إذا دار بين درء المفسدة وجلب المصلحة.. بدأ بدرء المفسدة؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح بلا خلاف.

قال في إيضاح المسالك: ومن ثم كرهت الغسلة الثالثة إن شك فيها هل هي الرابعة؟، أو لا؟؛ لأن في تركها درء مفسدة؛ لاحتمال أنها الرابعة، وهي منهي عنها، وفي فعلها جلب مصلحة لاحتمال أنها الثالثة وهي مندوبة، فلما تعارضا قدم درء المفسدة فكرهت، وكره صوم يوم عرفة إن شك فيه هل هو يوم العيد؟، أم لا؟.

قال المقري: قاعدة: عناية الشرع بدرء المفاسد أشد من عنايته بجلب المصالح، فإن لم يظهر رجحان الجلب، قدم الدرء، فيترجح المكروه على المندوب كإعطاء فقير من القرابة -لا تلزمه نفقته، وليس في عياله- من الزكاة، والحرام على الواجب كإلقاء اليد إلى التهلكة في الحج، وقد كره مالك قراءة السجدة في الفريضة؛ لأنها تشوش على المأموم، فكرهها للإمام، ثم للمنفرد حسما للباب، والحق الجواز للحديث.. كالشافعي، وكره الانفراد بقيام رمضان إذا أفضى إلى تعطيل اظهاره، أو تشويش خاطر المنفرد به، ونهى الشرع عن إفراد يوم الجمعة بالصوم؛ لئلا يعظم بتعظيم أهل الكتاب السبت، وأجازه مالك.

قال الداودي لم يبلغه الحديث، وقد كره ترك العمل فيه لذلك، وكره اتباع رمضان بست من شوال، وإن صح فيها الخبر لتوقع ما وقع بعد طول الزمان من إيصال العجم القيام والصلاة به، واعتقاد جهلتهم أنها منه، والمؤمن ينظر بنور الله.

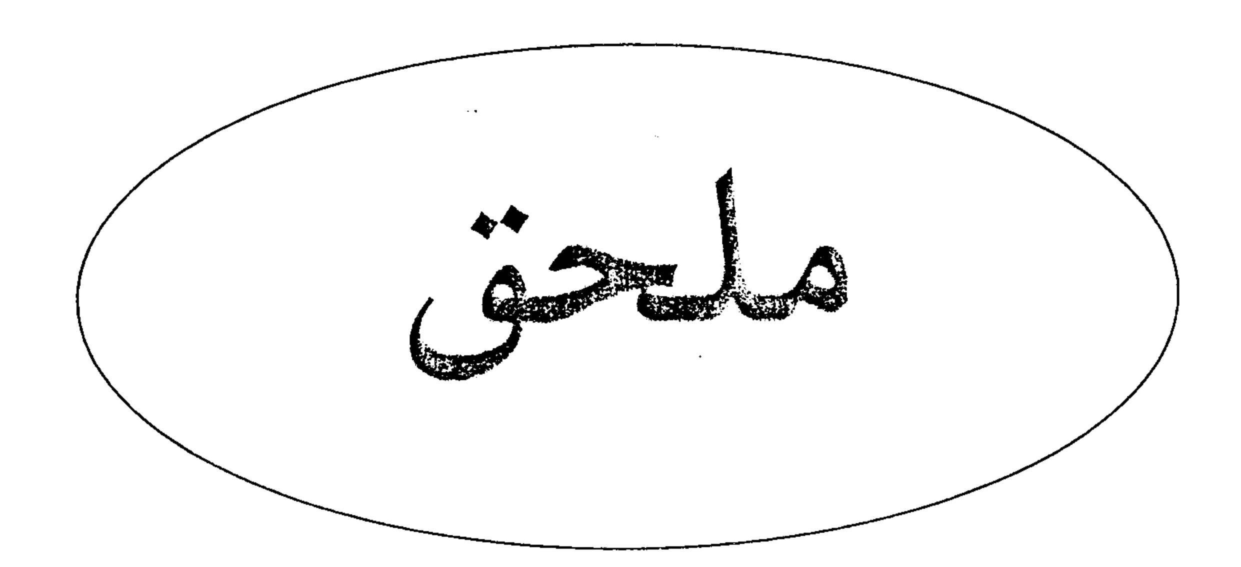
وقال أيضا: قاعدة: مراعاة درء المفاسد أهم من مراعاة جلب المصالح إلا بمنفصل، ومن ثم منع محمد عمل شركة المفاوضة، وعلى مالك والنعمان بيان ترجيح مصلحتها، والنكتة في هذا الباب أن المقصود الأول من الشركة أن يكون عملها أفضل من عمل كل واحد منهما على انفراده، وهذا إنما يوجد؛ بأن لا يكون في صورتها غبن على أحدهما، ومن ثم منع مالك شركة الوجوه مطلقا والابدان في صنعتين أو في موضعين خلافا للنعمان فيهما، وإن تكون بحيث يكون عمل كل واحد منهما في مال صاحبه كعمله في مال نفسه، وهذا إنما يكون مع الخلط، فإن دواعي النفوس لا تتحرك إلى تثمير مال الغير كما تتحرك إلى تثمير مال النفس، فالتمييز يخل بهذا المقصود، ومن ثم منع محمد شركة الأبدان؛ لأن المنافع لا تختلط، وشركة المفاوضة لأنها لا تختلط.

وقال أيضا: قاعدة: درء المفاسد مشروط بأن لا يؤدي إلى مثلها أو أعظم، إما وجوبا فباتفاق، وإما جوازا، فقال النعمان يجوز أن يعرض بنفسه في تغيير المنكر إعلاء لكلمة الحق المبذول فيها النفوس في الجهاد، وهو نظر إلى ترجيح المصلحة بالقاعدة اتفاقا.

ومـــا أردتُ جمعَـــه قـــد كَمُـــلا نظمـــاً بتبيـــينِ الأصـــولِ كـــافِلا

يعني أن ما أردت جمعه قد كمل حال كونه نظما كافلا بتبيين الأصول أي أمهات مسائل الخلاف أي ضامنا له.

ثـــم الـــصلاةُ والـــسلامُ أبـــدا علـــى النبـــي الهاشـــمي أحمـــدَا
وآلـــهِ وصـــحبهِ الهـــداةِ الـــسالكينَ مـــسلكَ النجـــاةِ.


ملحق

نص المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح

يقـــولُ مَـــن محمـــدٌ يحيـــى سُـــماهْ ... محمـــدُ المختـــارٌ مـــن يُـــدعى أبـــاهْ
حمـــداً لمـــن بنـــى قواعـــدَ الهـــدى ... للـــدفع للـــضر وجَلـــب للجـــدى
ونـــدَبَ الـــورى إليـــه مرشِـــدا ... علـــى لـــسان مَـــن بـــه الحـــقُ بـــدا
محمـــدٍ ميـــسرِ العـــسيرِ ... ومنقـــذِ العاصـــي مـــن الـــسعيرِ
صـــلى عليـــه الله مـــا جـــنّ الـــدُّجى ... ومـــا إلـــى الله بـــه عـــاصٍ لجـــا
هـــذا ولمـــا أن رأيـــتُ الهممـــا ... تقاصـــرتْ وقـــلّ مَـــن تَعلّمـــا
أردتُ أن أُوضـــحَ فـــي الكتـــبِ مـــا ... علمـــتُ مـــن أصـــول مـــن تَقـــدّما
فيهـــا أنـــا أجمـــعُ فـــي القواعـــدِ ... نظمـــاً مفيـــداً للفقيـــه المقتَـــدي
ســـميْتُه المجـــازَ ذا الإيـــضاحِ ... إلـــى أصـــولِ المـــذهبِ الـــصِّحاحِ
وأســـألُ الله دوامَ النفـــعِ ... بـــه بجـــاه مـــن أتـــى بالـــشرعِ

فصل في الطهارة

هـــل غالـــبُ الحـــصولِ كـــالمحقَّقِ ... حـــصولُه أو لاَ فـــعِ وحقّـــقِ
وهـــل لمعـــدومٍ بـــشرعٍ حكـــمُ مـــا ... عـــدم بـــالحسّ خـــلافٌ رُســـما
وهـــل لموجـــودٍ بـــشرعٍ مـــا لمـــا ... وُجـــد فـــي الحـــسّ وللحكـــم انتمـــى
والـــنَّجْسُ قَلـــبُ عَرْضـــه مـــؤثرُ ... فـــي حكمِـــه وقيـــلَ لا يُـــؤثر
وبعضُهمْ فـــصّلَ بـــينَ مـــا اســـتحالْ ... إلـــى صـــلاحٍ أو فـــسادٍ فـــي المـــآلْ
وهـــل بفَقـــدِ علّـــةٍ حُكـــمٌ يـــزولْ ... أم لا خلافٌ بين مـــا أهـــلِ الأصـــولْ
وهـــل لحكـــمِ ظـــاهر تَغلُّـــبُ ... علـــى الـــذي لبـــاطن يَنتـــسبُ
ونقـــلُ مغلـــوبٍ لعـــينِ مـــا خُلـــطْ ... بـــه مـــن الأصـــولِ عنـــدهمْ ضُـــبطْ
والخلـــفُ فـــي نقـــل مبيـــعٍ أُجمعـــا ... علـــى فـــسادِه لـــشبهةٍ معـــا
وهـــل لـــشيءِ حكـــمُ مبـــدإ بُـــذلْ ... أو حكمُ ذي الحِـــذا خـــلافٌ قـــد نُقـــل

وهل كالاصلِ طارئُ النسيانِ   أو ليس كالأصلي عين ثاني
هل حكم حاكم بباطن ربط   أو هو بالظاهر مخصوص فقط
وهل يجوز نقضُ مظنونٍ بظنْ   أم لا يجوز نقضُه ما لم يَبن
وإن جرى بموجب التوقُّعِ   حكمٌ فبالوقوعِ نفيه وُعي
والخلفُ بين العلماءِ في اقتضى   الأمرِ لتَكرارٍ أساسٌ مرتضى
يُعطى القريبُ حكمَ ما قد قَرُبا   منه لدى أهل الأصول النجبا
وهل ثبوتُ حكمِ مالكٍ لمنْ   جرى له ما يَقتضي الملكَ قمَنْ
هل حدثٌ بغسلِ عضو يَرتفِعْ   أو بتمامِ الطهر رفعُه شُرِعْ
وبالمحل رخصةٌ مقصوره   في القولةِ الصحيحةِ المشهوره
وتَبطلُ الرخصةُ بالعصيانِ   على الصحيح عند أهلِ الشان

فصل في قواعد الصلاة:

هل كلُّ جُزء من صلاة مستقلْ   أم لا وبعضُها ببعض متّصلْ
وهل بالأولى من ذوات الاشتراكْ   أو بالأخيرةِ يُقدّرُ الدَّراكْ
وهل من الصلاة يُخرجُ السلامْ   في السهو أو هو كسائر الكلامْ
في الاجتهاد تجبُ الإصابهْ   وقال بالعكس ذوو إصابهْ
وهل إصابةٌ لكل ذي اجتهادْ   ثابتةٌ أو المصيبُ ذو اتحادْ
هل عددٌ للركعات تُعتبرْ   نيتُه أو لا خلافٌ اشتهرْ
وهل مشبَّهٌ بشيء يَقوى   قوتَه أو لا خلافٌ يُروى
وهل لبعض الشيء ما قد حُقِّقا   لكلِّه من الخيار مُطلَقا
هل انتشارُ من على الوطء جُبرْ   بالطوعِ يُنبئُ خلافٌ قد ذُكر
هل اعتبارُ الشرع بالموجودِ   يَختصُّ أو يَختصُّ بالمقصودِ

فصل في قواعد الزكاة:

وفي الوجوب شرطُ إمكان الأدا ... وبعضُهمْ جعلَه شرطَ أدا
هل الفقيرُ كالشريكِ للغني ... أو الزكاةُ من وِساءِ المحسنِ
وسبْقُ حكم شرطه مغتفرُ ... لديهمْ وقيل لا يُغتفرُ
هل يجبُ التكفيرُ باليمينِ ... أو هو بالحنثِ على التعيينِ
وهل إلى نيتها تفتقر ... كفارة أو لا خلاف يذكر
هل حكمُ الابتداءِ للشيء انتمى ... إلى دوامه خلافٌ رُسما
هل أصغرٌ مندرجٌ في الأكبرِ ... أو لا خلافٌ بين أهل النظرِ
والكفُّ فعلٌ عند جُلِّ العُلما ... وقيل لا والقولُ الأولُ سما

فصل في قواعد الصيام:

هل رَمضانُ كعبادة أتتْ ... واحدةٌ أو كعبادات ثبتْ
ونيةُ الأدا ونيةُ القضا ... تنوبُ كلٌّ منهما في المرتَضى
والنّزعُ وطءٌ عند بعضهمْ يُعدّْ ... وقيل لا وهْو الصحيحُ المعتمدْ
ورجِّح الأخذُ بأول السمّا ... وقيل الأخذُ بأخيرها سما
ومَغنمٌ يُملَكُ بالأخذ على ... رأي وبالقَسمِ لبعض النبلا
الاسهامُ هل سببُه القتال قدْ ... أو معَ كون ذي القتال مستَعدْ
بجهله يُعذرُ من قد جَهلا ... وقيل لا وبعضهمْ قد فصَّلا
فقال إن يكنْ به تَعلّقا ... حقٌّ فلا عُذرَ بذاك مُطلَقا
إلا فما تَسعُه جهالته ... عذرٌ وما لا لا ورد مقالته
وبعضهمْ قيّدَ عذرَه بما ... إلى بني الجنس من الجهل انتمى
رعْي الخلاف حجةٌ للأكثر ... وبعضهمْ ضعّفه بالنظر
فقال إنه يخالفُ القياسْ ... وليسَ في كل المسائل أساسْ

وردَّ ذا الإمـامُ نجـلُ عرفـهْ وصـحّحَ الـرأيَ لـه وعرّفـه
بأنّـه إعمـالُ خـصم للـذي لخـصمه مـن الـدليل فاحتـذِ
فـي لازمِ المـدلول ذاك أُعمـلا فـي عكـسه دليلُـه اللـذ قـبلا
ورد باقتـضاءِ لـه أنْ يُوجـدا ملـزومُ ذا بـدون لازم بـدا
ثـم أجيـبَ ذا بـأنّ ذاك لا يكـونُ إلا فـي لـزوم عُقـلا
دليلُـه الولـدُ للفـراش مـعْ الامـر بالاحتجـاب فاحفظْـه تُطـعْ
وشـرْطُ رعْـي الخلـف أنْ لا يَلزَمـا خرقـاً للاجمـاع وإلا حَرُمـا
وشـرطُه أن لا يكـونَ تركَـا مذهبَـه إذا إليـه سَـلكا
وهـل يُراعـى كـلُّ خلْـف قـد رُوي أولا وإنمـا يُراعـى مـا قَـوي
هـل التعـدي إنْ يكـنْ بالـسببِ كمثـل كونِـه علـى المـسببِ
والخلْـفُ هـل خطـابُ ربنـا أتـى للكـافرين بـالفروعِ أُثبِتـا

فصل في النكاح:

هـل النكـاحُ مـن قبيـل القـوت أو مـن التفكهـات فـاقفُ مـا قفـوْا
والخلـفُ فيـه هـل مـن البيـع يُعـدْ أو الكـرامِ والعبـادة وَرَدْ
والحـدُّ فيـه أنّـه قـد احتـوى علـى كـلا الـشائبتين وانطـوى
تُـبعَّضُ الـدعوى لـدى ابـن القاسـم والقـولُ بـالعكس لأشـهبَ نمـي
وبتّـةٌ تَقبـل أن تُبعّـضا وقيـل لا وبعـضهمْ ذاك ارتـضى
الطَّـولُ فـي الآيـةِ قيـل المـالُ وقيـل حُـرّةٌ إذا تُنـال
وهـل بعقـد يَتقـرّرُ الـصداقْ أو نـصفُه أولا لمـن لهـا يُـساقْ
وهـل يُعـدُّ مالكـاً ذو الـرقِّ أو لا خـلافٌ بـين أهـل الحـقِّ
والأصـلُ عنـد مالـك تَقـديرُ ذي وجهـين كـاثنين بحـق واحتُـذي
هـل يُبطـلُ الـصحيحَ قـصدٌ جُـرِّدا أو لا إذا مـا خطـأُ اللفـظ بـدا

وهـــل حـــصولُ ذي التوقُّـــع أتـــى مقـــدراً حـــين الوقـــوع أو أتـــى
مقـــدرًا حـــين حـــصول الـــسبب فيـــه خـــلافٌ بـــين أهـــل المـــذهب
وهـــذه تُـــدعى بـــذاتِ الانعطـــافْ عكسَ التي تُدعى بـذات الانكـشافْ
هـــل ذو الـــسكوتِ مثـــلَ مـــن أقـــرًا أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ قـــد قـــرًا
هـــل يرفـــعُ التكفيـــرَ الاســـتثناءُ أو يَحِـــلُّ لليمـــين فـــارعَ مـــا رعـــوْا
هـــل يَـــشملُ الخطـــابُ للمخاطِـــبِ أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ فـــي المـــذهبِ
هـــل الطّـــواري كلُّهـــا تُعتبـــر أو لا وقيـــلَ الاقـــربُ المعتبـــرُ
هـــل صـــورٌ خاليـــةٌ تُعتبـــر في الحكمِ أو تلْغـى خـلافٌ يُـذكرُ

فصل في البيع وما في معناه كالصلح والكراء والرهن والضمان:

حقيقـــةُ البيـــع هـــي العقـــدُ فقـــطْ والقبضُ فيها عنـد بعـض يُـشترطْ
والعقـــدُ إنْ كـــان المبيـــعُ ذا عـــدد قيـــل يُعـــدّدُ وقيـــل يَتحـــدْ
وهـــل فـــسادُ صـــفقة إذا انفـــردْ مـــن جهـــة يُبطلُهـــا أو لا تُـــردْ
والحكـــمُ هـــل لـــه توسُّـــطٌ أتـــى مـــن بـــين حكمـــين خـــلافٌ ثَبتـــا
قبضُ الجـزاف فـي الأصحِّ بـالنظرْ وقيل بالنقـل كمـا جـا فـي الخبـرْ
والـــردُّ للمبيـــع بالعيـــب يُعـــدْ نقـضاً وقيـل كابتـدا بيـعٍ وردْ
وهـــل يـــدُ الوكيـــل كالموكِّـــل أو لا خلافٌ بـين ذي العلـم الجلـي
وهـــل مؤجـــلٌ كمـــا قـــد حَـــلاّ أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ قـــد حـــلا
وهـل كمـا عُـدم حـسًا مـا عُـدمْ معنـىً خـلافٌ بيـنهمْ قـد ارتَـسمْ
هـل حكـمُ مـا غلـبَ للـذي نَـدرْ أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ قـــد اســـتقرْ
وهـــل يُراعـــى مـــا بذمـــةٍ أتـــى أو المراعَـــى مـــا بحكـــم ثَبتـــا
وهـــل ذو الاســـتثنا مـــن البيـــع وردْ مبيعاً أو مبقـىً عـن البيـع انفـردْ
وهـل كحكـمِ حـاكمٍ مـا لـو رُفـعْ إليـه أمـضاهُ خـلافٌ قـد سُـمعْ

وهل مخيّرٌ ذا اختيارَ يُعدْ … منتقلاً أو لا خلافٌ قد وردْ
بيعُ الخيارِ ذو انبرامٍ اتضحْ … وقيل منحلٌ وذا هو الأصحْ
خيارُ حكم كخيار الشرطِ … لديهمْ وقالْ لا ذو الضبطِ
هل ابتداءُ فسخ ذي الفسادِ من … يوم الوقوعِ أو من الردِّ يَبنْ
وهل كقبض آخر الأجزاءِ … قبضُ الأوائلِ في الاجتزاءِ
وهل الموزونِ إذا ما صُنعا … حكمُ المقدّم خلافٌ سُمعا
هل الإقالةُ بمثل الثمنِ … الأول حلٌّ بيع أو بيعُ عُني
هل يجبُ الرجوعُ للذْ غلطا … في ماله لعذْره بذا الخطا
هل مبهمُ العقد على الفسادِ … يُحملُ أو هو صحيحٌ بادِ
هل ظهْرُ الارض ملكُه يَستلزمُ … ملكاً لبطْنها خلافٌ يُرسَمُ
هل العريّةُ بالاعطا تُملَكُ … أو بكمالِها خلافٌ يُدركُ
هل حكمُ متبوعٍ لتابع بُذلْ … أو حكمُ نفسه خلافٌ قد نُقلْ
وهل لتابعٍ نصيبٌ في الثمنْ … أو هو لغوٌ ما له حظٌّ يَعنْ
هل قلّةٌ بنفسها تُعتبَرُ … أو بالإضافةِ إلى ما يَكثرُ

فصل فيما يتعلق بمسائل المديان والتفليس والوكالة والشفعة والقرض والقراض والمسافات والجعل وتضمن الصناع

هل قبضُ مملوك كقبض مَن مَلَكْ … أو لا خلافٌ بينهمْ قد انسلك
وهل ثبوتُ النسخ بالنُّزولِ … أو إنما يَثبتُ بالوصول
وهل لجزء شائع تَعيُّنُ … في الحكم في ذاك خلافٌ بيِّنُ
وهل لما بذمة تَقرّرا … تعيُّنٌ أو لا خلافٌ ذُكرا
هل يُنقل الحكمُ إذا القصدُ نُقل … معَ بقى اليد خلافٌ قد قُبل
والأخذُ بالشفعة بيعٌ في الأصحْ … وقيل الاستحقاقٌ فيها قد وَضحْ

هل بيعٌ القسمةُ أم تمييزُ حقْ في ذا خلافٌ بينهمْ قدماً سبقْ
والقولُ بالبيع لقسمةِ الرِّضى إن كان بالتقويم هو المرتضى
وشُهرَ التمييزُ في ذي الاقتراعْ وغير ذين بيعة بلا نزاع
هل ليدٍ واحدةٍ تَصرُّفُ بالقبض والدفع خلافٌ يُعرفُ
وهل إلى أمانةٍ يَخرُجُ ما بذمةٍ بالأمرِ خلفٌ رُسما
وهل يُردُّ فاسدُ المستثنى للأصلِ أو نوعٍ خلافٌ يُعنى

فصل في تقسيم الشروط:

هل شرطُ ما لا يُفسد العقد إذا خالفَ ما يوجب حكمٌ نُبذا
وهل يؤثرُ فسادا شرطُ ما يوجبه الحكمُ خلافٌ رسما
هل شرطُ ما ليس مفيدا يَلزم به الوفا أو لا خلافٌ يُعلمُ
والخلفُ في ظن الكمال هل أتى منَزّلاً كالجزم أو لا ثبتا
الشكُّ في النقصان كالتحقق وقيل لا والقولُ الأولُ انتقى
واختلفوا في الشك إنْ تعلّقا بالزيْد هل هو كما لو حُققا

فصل في العطايا وما يتعلق بها:

وكل معروف وما بلا عوضْ فالحوزُ في كماله قلْ مفترضْ
والخلفُ في الضمان هل يَفتقرُ للحوزْ أو لا والأخيرُ أشهرُ
إجازةُ الوارث قلْ تقريرُ وقيل إنشاءٌ وذا التحريرُ
وهل كجزء العقد ما قد أُلحقا أو هو عقدٌ آخر تحققا
والخلفُ في بطلان ملك إنْ يَدرْ بين جميعه أو البعضُ ذُكر
بالوعد يلزمُ الوفا وقيل لا وقيل إنْ بسبب قد حَصلا
وقيل إنْ دَخلَ من قد وَعدا في السبب الذي به قد وُعدا

فصل في اللقط والأكرية والوديعة والشفقة وما أشبه ذلك:

هـــل عـــادةٌ كـــشاهدٍ أو شـــاهدينْ فـــي ذا خـــلافٌ بيـــنهم قـــد اســـتبن
زيْـــدُ العدالـــة كـــشاهد أتـــى وقيـــل بـــل كـــشاهدين ثَبتـــا
وهـــل تُربـــي الأرضُ أو تَـــستهلكُ لمـــا بهـــا يُـــزرع خلـــفٌ يُـــدرك
هـــل الغـــريمُ للغـــريم كـــالغريمْ فـــي عـــدَم الغـــريم أو لا كغـــريمْ
ويبطـــلُ الفـــرعُ كـــذا المـــسببُ إن بطـــل الأصـــل لـــه والـــسببُ
ويَنتفـــي الفـــرعُ إنِ الأصـــلُ انتفـــا وقيـــل لا وذاك أولـــى باقتفـــا
هـــل يـــسقطُ الحـــقُّ الـــذي تَعلّقـــا بـــالعين إن ســـقوطُها تُحققـــا
هـــل ذات الالتـــزام فـــي الإقـــرارِ مثـــل صـــريحه فـــي الاعتبـــارِ
هـــل مـــا أُعيـــرَ مـــن حيـــاة كالعـــدمْ أو لا خـــلافٌ بيـــنهمْ قـــد ارتَـــسمْ
هـــل الكتابـــةُ شـــراءُ الرقبـــهْ أو خدمـــةُ العبـــد الـــذي قـــد كاتبـــهْ
وهـــل مـــن البيـــع أو العتـــق تُعـــدْ فـــي ذاك خلـــفٌ بيـــنهمْ قـــدماً وردْ
مـــن أســـقطَ الحـــقَ قُبيـــل مـــا وجـــبْ وبعـــد أنْ جـــرى لـــه بـــه ســـببْ
قيـــل لـــه الرجـــوع عمـــا التزمـــا وقيـــل لا والقـــولُ الاولُ ســـما
هـــل بيـــتُ مـــالٍ وارثٌ أو جـــامعُ لـــضائع الأمـــوالِ خلـــفٌ شـــائعُ

فصل في القسم الثاني من القواعد التي يشار فيها إلى خلاف:

تقـــديرُ موجـــود كمـــا قـــد عُـــدما وعكـــسُه أصـــلان عنـــد العلمـــا
وكـــل مَـــن قـــصدَ قـــصداً قـــد فَـــسدْ فالحكمُ أن يُعطى نَقـيضَ مـــا قَـــصدْ
كـــذا مـــن اســـتعجل شـــيئاً قبـــل مـــا أوانـــه فحكمُـــه أن يُحرَمـــا
والأصـــلُ أن يَبقـــى الـــذي قـــد كانـــا علـــى الـــذي عليـــه قبـــل كانـــا
حتـــى يُظـــنّ عـــدمُ البقـــاء أو يُعلـــمَ بالنقـــل عـــن الأصـــل قَفـــوا

والأصلُ أن لا يُجمعَ العوضُ معْ معوَّض عنه إذا الأصلُ امتنعْ
وقيل يجمعان إن ضعف جَلا في الأصل كي يقوى بما قد أُبدلا
والمنعُ للوعد بما لا يمكن إيقاعُه في الحال أصلٌ بيِّنُ
وللضرورة يُباحُ ما حُظِرْ إمّا اتفاقاً أو على الذي شُهر
تأخيرُ ما حلّ كذا تَعجيلُ ما أُجِّل يُدعى سلفاً في المعتمَى
وكلُّما ثبوتُه يُفضى إلى عدمه فنفيُه قد اعتلى
والأصلُ أن يُقضى على من أتلفا مقوَّماً بقيمة ذات وفا
إلا إذا كان جِداراً هدَما أو أمةً وطئها مَن أخدما
أو غزْلا أو حليا وقبرا ردمه أو حُبسا غصبه وهدمه
والأصلُ في المثلي أن يُقضى على متلفه بالمثل عند النبلا
إلا إذا كان مكيلا جزفا أو لبناً صريّ أو قرضاً وفا
في بلد الغلاء أو ماءً غصبْ بعطش وبعد ذالك طُلب
يُنفى للاكبر منَ الضررين الاصغرَ منهما بدون مين
ومن هنا يُجبر ذو اليسير لأنْ يَبيعه لذي الكثير
ويجبُ القضا لذى العمومِ على الذي خصّ من الخصوم
يُرتكبُ الأخفُّ في تقابلِ ذوي كراهة ومنع حاصلِ

فصل فيما يتوهم بأن يسقط الشيء وهو لا يسقطه

لا يَسقط الواجبُ إنْ ما نُسيا وفقاً اذ المدركُ فيه قَويا
وفي ضعيف المدرك الخلفُ ورد والقولُ بالسقوط هو المعتمدْ
الشكُّ في المانع لا تأثيرَ له وعكسُه الشرطُ بشكه اعمله
إناطةُ الخراج بالضمانِ أصلٌ صحيحٌ عند أهل الشان
في مستحق شفعة ردّ بعيبْ أو بفساد فلَس بدون ريبْ

والأصل أن الربح للمال تَبعْ إلا بغصب فلس ومَن ودعْ
والأصل في العرض إذا استحقّ أنْ يرجع في عوضه إذا يَعنْ
أو قيمة له إذا فات عَدا كتابة خُلع نكاح وردا
والصلح عن عمد وعن إنكار قطاعة عمرى قراضٌ جار
كذا مساقات قضية الفرسْ فهذه العشْرُ تُخصُّ لا تَقس
والأصلُ ترجيحٌ لمثبت على ذي النفي إن في منكر تقابلا
وقولُهمْ شهادةُ النفي عدم ليس على إطلاقه فيما يَعم
بل ذاك إن لم يحصلِ العلمُ ولا ظنٌّ بما نفى وإلا فاقبلا

فصل في الذين يضمنون والذين لا يضمنون:

يَضمن ذو الإرث إذا طرأ دينْ أو وارثٌ لما يُغاب دون مين
ويضمنُ الصانعُ مصنوعاً يُغابْ عليه إن نصب دون ما ارتياب
وحاملُ الطعام بالأجر ومَن حَبس سلعة لقبضه الثمن
كذاك ذو الخيار في المبيع إن غيب عليه دون ما خلف يعن
وتضمنُ الزوجةُ والمرتهنُ والمستعيرُ وكذا من يَحضنُ
لا يضمن الحارسُ محروساً ولو حارسَ حمام على ما قد رووا
كذاك عاملُ القراض والأمينْ والأبُ والوصي بلا خُلف يَبين
وهكذا السمسارُ إنْ خيرٌ ظهرْ فيه معَ الراعي على الذي اشتهرْ
وخاتنٌ وحاجمٌ معلِّمُ كذاك بيطارٌ طبيبٌ عالمُ
والنوتي والخادمُ والمعلَّم والمكتري مع الشريك يُنظم
يَضمنُ من خالف مالكاً أَمرْ ومن تعدى والذي بالفعلِ غَرْ
أما الذي بالقول قطْ غرّ فلا غُرم عليه في الأصح اللذْ علا
وكل من صُدِّق في دعوى التلفْ فصدقنّه بردٍّ إن حلف

وكل من ضُمِّن في دعوى التلفْ ... ففي الدعا الرد ضمانه عُرِفْ

فصل في ذكر أصول وقواعد:

الطهرُ أصلُ العين والبرءُ دري ... أصلٌ لذمة إذا لم تُعمرِ
وبعد أنْ تُعمر فالعماره ... أصلٌ وذي قاعدةٌ مختارهْ
واليسرُ أصلٌ وكذا الضمانُ ... والجمعُ والتساوي والبيانُ
والإذنُ والطُّهر والطهوريه ... والجرح والصحة ثم الحريه
والأصل في الكرى لدى الحذاق ... ضمانُه في حالة الإطلاق
وفي العقود أن تكون لازمه ... وقد أتتْ عنهمْ عقود خارمه
وهْي قراضٌ شركةٌ وكاله ... زراعةٌ غراسةٌ جعاله
كذا الوصيةُ القبول والكرا ... وهبةٌ يمكن أن تُعتصَرا
كذاك تحكيمٌ والإقرار بحدْ ... فذي من الأصل خروجُها وردا
والأصل أن لا يجمع الذ عاوضا ... عوضَه معَ الذي قد عوضا
إلا إماماً موجرا ومن غزا ... بالأجرِ والذي لسبقٍ أحرزا

فصل في الأصول المختلف في تقديم أحدها على الآخر عند التعارض:

إن دار فرعٌ بين أصلين ولم ... يُمكن لنا الجمع فالاصوبُ لزم
وان يعارضْ مقصدٌ لفظا ففي ... تقديم ذا وذاك خلفٌ قد قفي
والأصل إن عارضَه ما قد غلبْ ... ففي المقدَّم خلافٌ قد وجب
محلُّه في غير دعوى الورِع ... وشاهدين اثبتا للمدعى
وإن أتى معارضًا لما ظهرْ ... ففي المقدَّم خلافٌ استقرْ
والأصل في الغالب ان يقدما ... على الذي ندر عند العلما

إلا بطـــين مطـــر و[illegible] … [illegible]
ونـــسجِ كـــافر وثـــوب الـــسوق … وصـــ[illegible] [illegible]
كـــذاك ملبـــوس الـــصبي إن اعتنـــى … بغـــسل [illegible]
ووضـــع حمـــل بعـــد أعـــوام تحـــد … بخمـــسة مـــن يـــوم [illegible]
ووضـــعه لـــستة مـــن الـــشهورْ … للعقـــد ممـــا اعتبـــروا فيـــه الندورْ
وعقـــد جزيـــة وطهـــر الحـــصر … والصرف للمفقـــود اقـــصى الحمـــري
وفـــرض الاشـــتغال بـــالتعلم … والنـــدب للنكـــاح أي للايـــم
وربمـــا شُـــرع الالغـــاء بـــذين … أي غالـــب ونـــادر بـــدون مـــين
وذاك فـــي شـــهادة الـــصبيانِ … بالمـــال والنـــساء فـــي الأبـــدانِ
والواحـــد العـــدل بهـــا ومَـــن فَـــسق … وكـــافر فـــي كـــل شـــيء يُـــستحقْ
كـــذا الروايـــةُ لـــذيْن والكثيـــر … مـــن المجاهيـــل لمـــا قـــال البـــشير
كـــذا المبـــرز إذا مـــا شَـــهدا … للـــنفس أو مـــن قربُـــه تأكّـــدا
أو كـــان شـــاهداً علـــى مـــن نازعـــه … او بـــالزنى شـــهدَ غيـــرُ أربعـــه

فصل في القضاء والشهادات:

المـــدعى عليـــه مـــن قـــد وافقـــا … للأصـــل أو عـــرف وبعـــضٌ حقّقـــا
تعريفَـــه بـــأقرب الخـــصمين فـــي … سببِ مطلـــوب وذا القـــولُ اصـــطفى
والمـــدعِى مـــن قولُـــه قـــد خالفـــا … الامـــرين أو ســـببُه قـــد ضَـــعُفا
وقيـــل مـــن أثبـــت مـــدعٍ ومَـــن … نفـــى فمـــدّعيً عليـــه قـــل فمَـــن
طلـــبُ ذي التعيـــين أو مـــا علقـــا … بذمـــة لـــه أو اللـــذ حققـــا
ترتـــب عليـــه للـــذ عينـــا … دعـــوى صـــحيحة لـــدى مـــن فطنـــا
إن كـــان مطلـــوبٌ بهـــا تعلقـــا … بـــه صـــحيحُ غـــرض وحققـــا

وكان معروفاً وذو العُرف أقرْ دعواه والشرعُ لهما قد اعتبرْ
لا تلزمُ اليمينُ بالدعوى فقدْ فيما ثبوتُه بعد لين وردْ
إلا إذا أقام من قد ادعى عدلاً على دعواه شاهداً وعى
وما ثبوتُه بعدل ويمين فالادعا به يوجِّه اليمينْ
إن كانت الدعوى بها صحيحهْ قد أكملت شروطها الصريحه
الحكمُ والثبوتُ قيل اتحدا وقيل شيئان وذا قد سُدِّدا
بينهما العموم والخصوصُ من وجه وذا تغايرٌ لدى الفطن
فبنهوض الحجة الثبوتُ قد فسرّه من التغايرَ اعتقد
والحكمُ إنشاءٌ لما كلامِ قُرِّر في النفس على الإلزام
وما له من أثر بموقع الاجماع بل ذاك بتنفيذ وُعي
وإنما الذي له به الأثرْ مواقع الخلفِ القوى في النظر
لأجل مصلحة دُنيا عَرضتْ وهو من الفتوى أخصُّ ما بدت
إذ بالمعاملة تُشركُ معَه وهي بغيره تَخص فاسمعه
وكلُّ من بحقه قد ظَفرا وكان آمناً عليه الغررا
ولم يخف فسادَ عرضه وقد على ثبوت حقه الوفقُ ورد
فذا له الأخذُ بحقه بلا رفعٍ لحاكم لدى من عقلا
والأصلُ في مستند الشهاده علمٌ ضروريٌّ به الإفاده
مدركه علمٌ وحسٌّ ونظر والنقل إن تواتر له استقر
وربما في السمع والظن اكتفى وذاك في الرشد وتعديل قفى
والعزلِ والإيمان والنكاحِ وضدُّ ذي الخمسة باتضاح
وضررِ الزوج كذا العطيه ولادةٍ والحملِ والمنيه
خلعٍ رضاعٍ نسبِ اعتاق واليسر مع تصرف إنفاق
واللوث والقسمة والقسامه كذاك تفليسُ أخي الغرامه

والأسر والإباق والحرابه ... والجرح والإقرار والنيابه
والوقف والتنفيذ والايصاء ... والارث والشراء والولاء
والأصلُ في اللفظ لدى الأداء ... مضارعٌ يُنبئ بالإنشاء
وفي العقود والطلاق والعتاقْ ... ماض ويَختص العتاق والطلاق
بوصف فاعل وذا قد أُصلا ... إن لم يكن عرفٌ وإلا أعملا
لا يلزمُ الشاهدُ أن ما شَهدا ... بالأرض حدُّها على ما اعتمدا
فإن به شَهد غيرُه فقد ... تمتْ و لا باليمين يُعتمد
بحدِّها على الذي قد طُلبا ... فإن أبى فليحلفن مَن طَلبا
وهكذا في جهل من قد شَهدا ... لعدد الذي به قد شُهدا
وردُ هذه الشهادة وردْ ... عن مالك بنقل شيخ يُعتمدْ
وقد يكون قصدُها الإثباتُ ... وقد روى الجمعَ بها الأثباتُ

فصل في مسائل متفرقة:

الأصل منع بيع أُم الولد ... إلا بتفليس ورهن فاقتد
وأمةُ القراض والشركة معْ ... ذات الجناية والارث فلتُتبع
وكلُّ أم ولد مُنع من ... أولدها من وطئها فلتُعتقن
والأصلُ أن يتبع أمَّه الولدْ ... في الشرعِ إلا في مسائل تُعدْ
جانية ومن بها للرقِّ ... أُوصي أو أوصى لها بالعتق
إن ولدت جانية من بعد ما ... جناية وقبل أن تُسلما
وولدت موصى بها بعد الإيصا ... وقبل أن يموت صاحب الإيصا
يُستفسر الشاهدُ إن شَهدَ في ... سرقة زنى وردة تفي
ومستحق والولا والفقر ... وسفه جرح وضد فادر

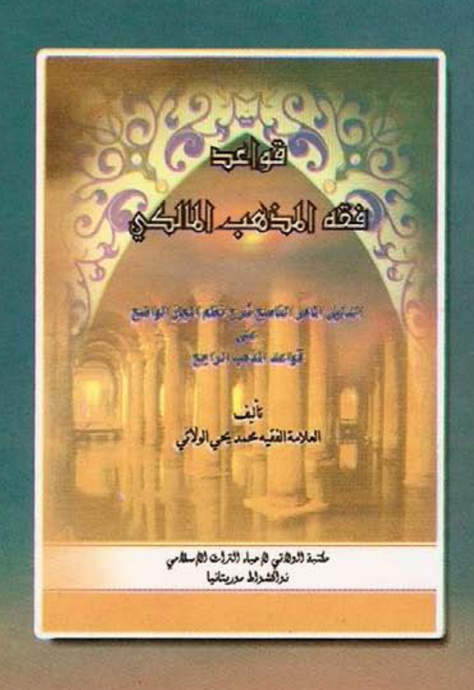
وضـــرر الـــزوج بزوجـــه ومـــا فـــسدَ مـــن بيـــع نكـــاح فاعلمـــا
والقذفُ والغـصبُ كـذا الملـكُ فـلا تُقبــل مــن غيــر فقيــه أجمــلا
حـــد الزنـــا إذا بـــالاقرار يفـــي وكـــان بـــالرجوع عنـــه ينتفـــي
فإنـــه يَثبـــت معـــه النـــسب إلا فـــلا يثبـــت فيمـــا هـــذبوا
وذاك فـــي مبتوتـــة ومحـــرَم وزوجـــة خامـــسة إن يعلـــم
وأمـــة مغـــصوبة ومعتَقـــه إن كـــان قبـــل وطئـــه قـــد حققـــهْ

فصل في تعريف السنة والبدعة:

وســـنة النبـــي قولُـــه الأبـــرْ وفعلُـــه ومـــا عليـــه قـــد أقـــر
والمحـــدثاتُ بعـــده هـــي البـــدع وكلُّهـــا ضـــلالةٌ إن لـــم تقـــع
داخلـــةً تحـــت دليـــل شـــرعي للجـــزم أو للنـــدب أو للرفـــع
وتجـــب النيـــة فـــي محـــضِ القّـــرب ومـــا بـــه وصـــف التقـــرب غلـــبْ
ونفيُهـــا فـــي كـــل مـــا تمحـــضا للعقـــل أو غلـــب أصـــل مرتـــضى
وفي استوى الوصفين في الفعـل اختلـفْ والقـــولُ بـــالوجوبِ للقـــصد عُـــرف
وكـــل قُربـــة بـــلا لـــبس بمـــا ســـواها فالقـــصد لهـــا قـــد عـــدما
أو كـــان نفعهـــا بفعلهـــا بـــلا قصد لهـــا يحـــصل فالقـــصد اخـــزلا
حكمتهـــا التمييـــز فـــي القـــرب مـــع تقـــربٍ وفـــي الـــسوى الاخيـــر دع
محـــلُّ ذا الأمـــرُ وأمـــا مـــا نهـــى عنـــه فـــلا نيـــة تُـــشرع بـــه
وكـــل مـــا النيـــة فيـــه تُـــشترطْ فالاســـتنابةُ بـــه ممـــا سَـــقط
وكلمـــا بـــدون نيـــة يـــصح فـــصحةُ النـــوب بـــه ممـــا يـــضح
وكـــلُّ أمـــر كلمـــا تكـــررا تكـــرر النفـــعُ علـــى العـــين يـــرى
وكلمـــا تكريـــرُه لا ينفـــعُ كفايـــةً بمـــرة يَنـــدفع

ويسقط الامر إذا ظَن القيام   به سوى فعله من الأمه
بعكس ذي العين من الامر فلا   يقسط الا بيقين مسجلا
وذو الكفاية على العين يرد   ان كان من به يقوم منفرد
وبالشروع يجب الأمرُ الذي   على الكفاية كنفل فاحتذ
إن دار الامرُ بين درى المفسد   وجلب مصلح فبالدرء بُدي
وما أردت جمعه قد كَمُلا   نظماً بتبيين الأصول كافلا
ثم الصلاة والسلامُ أبدا   على النبي الهاشمي أحمدا
وآله وصحبه الهداةِ   السالكين مسلكَ النجاة.

قواعد فقه المذهب المالكي



مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي
نواكشواط موريتانيا